

DIE ZWINGENDE WIRKUNG
DER TARIFNORMEN
UND DIE GESTALTUNGSFREIHEIT
IM ARBEITSVERTRAG

Eine Untersuchung über die tarifvertragliche
Vereinbarungsgewalt

Manfred O. Hinz

Hinz 1964

DIE ZWINGENDE WIRKUNG DER TARIFNORMEN
UND DIE GESTALTUNGSFREIHEIT
IM ARBEITSVERTRAG

EINE UNTERSUCHUNG ÜBER DIE TARIFVERTRAGLICHE
VEREINBARUNGSGEWALT

D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Manfred O. Hinz

aus Mainz

1 9 6 6

Hauptberichterstatter: Prof. Dr. Peter Schneider
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Hubert Armbruster

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1964



1.1. *Einleitung*

1.2. *Die Eltern*

1.3. *Die Beziehung zwischen Eltern und Kindern*

1.4. *Die Erziehung*

1.5. *Die Entwicklung des Kindes*

1.6. *Die Erziehung des Kindes*

1.7. *Die Erziehung des Kindes*

MEINEN ELTERN

1.8. *Die Erziehung des Kindes*

IN DANKBARKEIT

1.9. *Die Erziehung des Kindes*

1.10. *Die Erziehung des Kindes*

1.11. *Die Erziehung des Kindes*

1.12. *Die Erziehung des Kindes*

1.13. *Die Erziehung des Kindes*

1.14. *Die Erziehung des Kindes*

1.15. *Die Erziehung des Kindes*

1.16. *Die Erziehung des Kindes*

1.17. *Die Erziehung des Kindes*

1.18. *Die Erziehung des Kindes*

1.19. *Die Erziehung des Kindes*

1.20. *Die Erziehung des Kindes*

1.21. *Die Erziehung des Kindes*

1.22. *Die Erziehung des Kindes*

1.23. *Die Erziehung des Kindes*

1.24. *Die Erziehung des Kindes*

1.25. *Die Erziehung des Kindes*

1.26. *Die Erziehung des Kindes*

1.27. *Die Erziehung des Kindes*

1.28. *Die Erziehung des Kindes*

Abkürzungen	XIII
§ 1 Einleitung: Gegenstand der Arbeit	1
Erster Teil	
Darstellung: Vertragsfreiheit und Unabdingbarkeit	3
Erster Abschnitt:	
Die Stellung des Arbeitnehmers	3
Erster Unterabschnitt:	
Die Stellung des Arbeiters vor der gesetzlichen Regelung des Tarifvertrags	3
§ 2 Die Gestaltungsfreiheit des Arbeitsvertrags:	
die Vertragsfreiheit als Grundrecht	3
1. Die Bedeutung der Vertragsfreiheit	3
2. Die Vertragsfreiheit als Grundrecht	4
a) Die Vertragsfreiheit nach Art. 12 Absatz 1 GG	5
b) Die Vertragsfreiheit nach Art. 2 Absatz 1 GG	5
§ 3 Die soziale Lage des Arbeiters	8
1. Die Stellung des Industriearbeiters	8
2. Der Arbeiter und der liberale Staat	10
§ 4 Die rechtliche Behandlung des Tarifvertrags vor seiner gesetzlichen Regelung	12
1. Der Tarifvertrag und § 152 Gewerbeordnung	12
2. Die Vertretertheorie	13
a) Lotmars Begründung	13
b) Oertmanns und Sinzheimers Kritik	14
c) Die Vertretertheorie und die "verdrängende unwider- rufliche Vollmacht"	15
3. Die Verbandstheorie	18
a) Sinzheimers Begründung	18
b) Das Tarifvertragsrecht als Berufsrecht	19
4. Die Kombinationstheorie	20
5. Die gesetzliche Regelung des Tarifvertrags	21
6. Die Bedeutung der Theorien über die Parteien des Tarif- vertrags für seine rechtliche Einordnung	22

Zweiter Unterabschnitt:	
Der Umfang der zwingenden Wirkung nach dem Tarifvertragsgesetz	24
§ 5 Die zwingende Wirkung der Tarifnormen	24
1. Der normative und der obligatorische Teil des Tarifvertrags	24
2. Die zwingende und die unmittelbare Wirkung der Tarifnormen	25
3. Die verschiedenen Arten der Tarifnormen	26
a) Die Inhaltsnormen im engeren Sinn	26
b) Die Inhaltsnormen im weiteren Sinn	26
§ 6 Die Ausnahmen von der Unabdingbarkeit	30
1. Die Zulassung abweichender Vereinbarungen	30
2. Das Günstigkeitsprinzip	31
a) Das Günstigkeitsprinzip und die Vertragsfreiheit	31
b) Die Bedeutung des Günstigkeitsprinzips	33
c) Die "günstigere Vereinbarung"	35
Zweiter Abschnitt:	
Die Tarifvertragstheorien	37
§ 7 Die Rechtsnatur des Tarifvertrags und Überblick über die Tarifvertragstheorien	37
Erster Unterabschnitt:	
Die Theorien der Fortbildung des Privatrechts	38
§ 8 Der Tarifvertrag als kollektiver Schuldvertrag	38
1. Jacobis Begründung der Lehre vom kollektiven Schuldvertrag	38
a) Die Rechtsdefinition Jacobis	38
b) Die Tarifnormen als nicht selbstherrlich geltende Normen	39
c) Der Tarifvertrag als Institut des Privatrechts	40
2. Kritik an der Lehre Jacobis	41
a) Das Argument aus § 1 Absatz 1 TVG	41
b) Das Argument aus § 3 Absatz 2 TVG	42
c) Das Argument aus § 2 Absatz 3 TVG	43
3. Jacobis Theorie als "Vertretertheorie"	43
§ 9 Der Tarifvertrag nach der Theorie der sozialen Vormundschaft	45
1. Die Tarifnormen als rechtsgeschäftliche Erklärungen	45
2. Die Differenzierungstheorie	46
3. Die Differenzierungstheorie und die zwingenden Tarifnormen	48
Zweiter Unterabschnitt:	
Die Theorien der Rechtsetzung kraft eigenen Rechts	51

§ 10	Der Tarifvertrag nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie	51
	1. Der Rechtsbegriff der genossenschaftlichen Rechtstheorie	51
	2. Die Erfassung des Tarifvertrags mit der genossenschaftlichen Rechtstheorie	53
§ 11	Der Tarifvertrag nach der Vereinbarungslehre	57
	1. Die Bedeutung der Vereinbarungslehre	57
	2. Die Erfassung des Tarifvertrags nach der Vereinbarungslehre	60
§ 12	Der Tarifvertrag nach Naturrecht	62
	Dritter Unterabschnitt:	
	Die Theorien der Rechtsetzung kraft abgeleiteten Rechts	63
§ 13	Der Tarifvertrag nach der Delegationstheorie	63
	1. Die Delegationstheorie nach dem Bundesarbeitsgericht	63
	2. Die Delegationstheorie in der Literatur	65
	3. Die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Delegationstheorie	67
§ 14	Der Tarifvertrag nach der Rechtsverordnungstheorie	69
	1. Ausgangspunkt für die Rechtsverordnungstheorie	69
	2. Dechants Begründung der Rechtsverordnungstheorie	70
§ 15	Der Tarifvertrag im staatsfreien Raum	71
	1. Die Bedeutung des staatsfreien Raums	71
	2. Die überlassene Befugnis zur tariflichen Rechtsetzung	71
	Zweiter Teil	
	Kritische Würdigung: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der zwingenden Wirkung	73
	Erster Abschnitt:	
	Die Rechtsnatur des Tarifvertrags	73
§ 16	Die Tarifnormen als Rechtsnormen	73
	1. Der Begriff der Rechtsnorm	73
	2. Die Tarifnormen als Rechtsnormen	75
	a) Die Eingriffswirkung rechtsgeschäftlicher Rechtsnormen	76
	b) Die autoritäre Wirkung hoheitlicher Rechtsnormen	77
	c) Die Unterscheidung zwischen Privatakten und Hoheitsakten	79
	d) Anwendung auf die Tarifnormen; Kritik an Ramms Theorie der sozialen Vormundschaft	81
§ 17	Die Tarifnormen als gesetzliche Rechtsnormen	82
	1. Die begriffliche Identität von Tarifnormen und amtlichen Rechtsnormen	82

a) Die willensmäßige Beteiligung des einzelnen an der Ausübung von Hoheitsgewalt	82
b) Kritik an Jacobis Rechtsbegriff	85
c) Anwendung auf die Tarifnormen	85
2. Die Tarifnormen als generelle Rechtsnormen	86
3. Die Tarifnormen als gesetzliche Rechtsnormen	87
a) Die Tarifnormen als nichtstaatliche Rechtsnormen	87
b) Die Tarifnormen als Regelungen im besonderen Gewaltverhältnis	88
4. Der Abschluß des Tarifvertrags	90
a) Der Abschluß des Tarifvertrags als öffentlich- rechtlicher Vorgang	90
b) Der Tarifvertrag als Vertrag oder Vereinbarung	91
Zweiter Abschnitt:	
Der Tarifvertrag in der Rechtsordnung	91
§ 18 Fragestellung: Die Tarifnormen und die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit	91
Erster Unterabschnitt:	
Das Subsidiaritätsprinzip	93
§ 19 Das Subsidiaritätsprinzip als oberstes Prinzip der katholischen Sozialphilosophie	93
1. Das Subsidiaritätsprinzip nach Quadragesimo Anno	93
2. Das Verhältnis des einzelnen zum Staat nach dem Subsidiaritätsprinzip	94
3. Das Verhältnis der Gemeinschaften untereinander und zum Staat nach dem Subsidiaritätsprinzip	98
§ 20 Das Subsidiaritätsprinzip nach der kritischen Philosophie	100
1. Ausgangspunkt: das Freiheitspostulat Kants	100
2. Das Menschenbild nach Hobbes	101
3. Rousseaus Staatslehre	102
4. Das Menschenbild Kants	103
5. Kritik an der Lehre von Hobbes und Rousseau	104
a) Das Postulat der menschlichen Geselligkeit	104
b) Die Grenzen der Staatsgewalt	105
6. Schlußfolgerung: das Subsidiaritätsprinzip	107
7. Gegenüberstellung: das Subsidiaritätsprinzip nach katholischer und profaner Lehre	108
§ 21 Das Subsidiaritätsprinzip und die Gewaltenteilung	109

§ 22	Das Subsidiaritätsprinzip als Ordnungsprinzip des Grundgesetzes	112
	1. Verfassungsinterpretation und Interpretationsmethode	112
	2. Das Verhältnis des einzelnen zum Staat	115
	a) Die Unantastbarkeit der Menschenwürde	115
	b) Die Freiheitsrechte und ihre Grenzen	116
	c) Die Einschränkung der Hauptfreiheitsrechte (Art. 2 Absatz 1 GG) zur Wahrung der Friedens- und Gleichheitsordnung	119
	d) Die Einschränkung der anderen Freiheitsrechte	123
	3. Das Verhältnis der Gemeinschaften untereinander und zum Staat	123
	a) Die Gemeinschaften als Grundrechtsträger	124
	b) Die Eigenständigkeitsgarantie aufgrund der Sozial- staatsklausel	125
	c) Anwendung auf die Koalitionen (Art. 9 Absatz 3 GG)	127
	Zweiter Unterabschnitt:	
	Die Koalitionen als Gemeinschaften im Sinn des Subsidiaritätsprinzips	128
§ 23	Fragestellung: Die Koalitionen und der Klassenkampf	128
§ 24	Die Geschichte der Arbeiterbewegung und die Entwicklung der Arbeitgeberverbände	129
	1. Die Anfänge der Gewerkschaftsbewegung	129
	2. Der Einfluß der vormarxistischen Sozialisten	131
	3. Die sozialistische Arbeiterbewegung in Deutschland	131
	a) Der Allgemeine Deutsche Arbeiterverein	131
	b) Die Sozialdemokratische Arbeiterpartei und der Marxismus	132
	c) Die Sozialistische Arbeiterpartei	134
	4. Die Gewerkschaften zur Zeit der sozialistischen Parteien	134
	5. Die Gewerkschaften und der Revisionismus	136
	6. Die christlichen Gewerkschaften	137
	7. Die Gewerkschaften und der Tarifvertrag	138
	8. Die Gewerkschaften nach dem ersten Weltkrieg	139
	9. Die Gewerkschaften nach dem zweiten Weltkrieg	140
	10. Der Neosozialismus und der Neoliberalismus	141
	11. Die Entwicklung der Arbeitgeberverbände	143
§ 25	Die "Sozialpartner" und der "Arbeitskampf"	145
	1. Arbeitskampf und Völkerkampf	145
	2. Der Arbeitskampf als Interessengegensatz; die Sozialpartner als Vertreter verschiedener Interessen	146

§ 26	Die berufsständische Ordnung und die Koalitionen	148
1.	Die Koalitionen und die berufsständische Einheitsorganisation	148
2.	Die Bedeutung des Standes	149
3.	Die Koalitionen als Stände	150
	Dritter Unterabschnitt:	
	Die Delegation an die Tarifvertragsparteien	152
§ 27	Die Rechtsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien nach dem Subsidiaritätsprinzip	152
1.	Die Garantie der Eigenständigkeit und die Rechtsetzungsbefugnis	152
2.	Die Eigenständigkeit der Tarifvertragsparteien	154
3.	Kritik an den Theorien der Rechtsetzung kraft eigenen Rechts	157
§ 28	Die delegierte Rechtsetzungsmacht	157
1.	Übertragene und überlassene Rechtsetzungsmacht	157
2.	Kritik an der Theorie der Rechtsetzung im staatsfreien Raum	158
3.	Die Delegation im Tarifvertragsgesetz	159
§ 29	Die verfassungsrechtliche Möglichkeit der Delegation	160
1.	Rechtsverordnungs- und Satzungsdelegation; Kritik an der Rechtsverordnungstheorie	160
2.	Zulässigkeit der Satzungsdelegation	162
3.	Zulässigkeit der Satzungsdelegation an Private	163
a)	Die Satzungsdelegation und die Körperschaften des öffentlichen Rechts	164
b)	Die Zulässigkeit der Delegation an die Tarifvertragsparteien	165
§ 30	Die Kompetenz des Deleganten und die demokratische Struktur des Delegatars als Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Delegation	167
1.	Die Kompetenz des Deleganten	167
2.	Die demokratische Struktur des Delegatars	167
§ 31	Staatsaufsicht und Delegation	168
1.	Die Tarifvertragsparteien und die Staatsaufsicht	168
a)	Staatsaufsicht nach § 6 TVG	168
b)	Staatsaufsicht nach § 43 Absatz 1 BGB	168
c)	Staatsaufsicht nach Art. 9 Absatz 2 GG	169
2.	Staatsaufsicht, Autonomie, Selbstverwaltung und soziale Selbstverwaltung	169
a)	Die Begriffe Autonomie und Selbstverwaltung	170
b)	Die Bedeutung der Selbstverwaltung	171
c)	Die soziale Selbstverwaltung	173

3. Die Bedeutung der Staatsaufsicht	175
4. Die Tarifvertragsparteien und die Staatsaufsicht	177
a) Staatsaufsicht zum Arbeitnehmerschutz	177
b) Staatsaufsicht zum Schutz der Gemeinschaft	178
§ 32 Der Delegationsgrund	181
1. Das Sozialstaatsprinzip als Delegationsgrund	181
2. Die Rechtfertigung der Delegation nach dem Sozialstaatsprinzip	182
a) Die Ungleichheit zwischen Arbeiter und Arbeitgeber	182
b) Die Erforderlichkeit des staatlichen Eingriffs	182
c) Die Erforderlichkeit der Delegation an die Tarifvertragsparteien	184
Vierter Unterabschnitt:	
Die Rechtsnormen des Tarifvertrags	185
§ 33 Die Schranken der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis	185
1. Die sachlichen und zeitlichen Grenzen der Rechtsetzungsmacht	185
a) Die sachlichen Grenzen nach der herrschenden Meinung	186
b) Sieberts Bestimmung der sachlichen Grenzen	187
2. Kritik an den bisher vertretenen Ansichten und eigener Vorschlag	188
3. Umfang und Grenzen der Tarifmacht an Beispielen	189
§ 34 Wirksamkeitserfordernisse der Tarifnormen	192
1. Die Publikation der Tarifnormen	192
2. Art. 19 Absatz 1 Satz 2 GG	192
§ 35 Schluß	193
Literaturverzeichnis	195

ABKÜRZUNGEN

AAS	Acta apostolicae sedis
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, Arbeitsrechtliche Praxis
ArbBl	Arbeitsblatt
ArbGeb	Der Arbeitgeber
ArbRSamml	Arbeiterrechts-Sammlung = Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, "Bensheimer Sammlung"
ArbuR	Arbeit und Recht
ArbW	Arbeit und Wirtschaft
ArchfRuSozPhil	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ArchfsozGesuStat	Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik; fortgesetzt als Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
ArchfSozWissuSozpol	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
BAG	Bundesarbeitsgericht
BABl	Bundesarbeitsblatt
BB	Betriebsberater
Betr	Der Betrieb
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIT	Bulletin international du Travail

BlStSozArbR	Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CdT Liv I	Code du Travail, Livre premier
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GG	Grundgesetz
GewerkMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
GewO	Gewerbeordnung
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
H. -N., I bzw. II	Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I oder II
H. -N. -T.	Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kom. zum TVG
Huber, I oder II	Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I oder II
HWBSt	Handwörterbuch für Staatswissenschaft
JbÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KVG	Kollektivvertragsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
M. -D.	Maunz-Dürig, Kom. zum Grundgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAB1	Reichsarbeitsblatt

RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
Riv. Dir. Com.	Rivista Diritto Comparativo
SJZ	Schweizer Juristen-Zeitung
SL	Série législative, hrsg. vom IAA
Soz. Prax.	Die Soziale Praxis
StdZ	Stimmen der Zeit
StGBI	Staatsgesetzblatt
TVG	Tarifvertragsgesetz
VA	Verwaltungsarchiv
Verh. d. . . DJT	Verhandlungen des . . . Deutschen Juristentages
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staats- rechtslehrer
WiGBI	Gesetzblatt des Vereinigten Wirtschaftsgebiets
WuR	Wirtschaft und Recht Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluß des Sozial- und Arbeitsrechts, Zürich
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZdBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZföR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZfSozwiss	Zeitschrift für Sozialwissenschaft
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft
ZSR	Zeitschrift für Schweizer Recht

§ 1

EINLEITUNG: GEGENSTAND DER ARBEIT

Ausgangspunkt für eine Untersuchung über die zwingende Wirkung der Tarifnormen und die Gestaltungsfreiheit des einzelnen - Gewerkschaftsmitglied oder Arbeitgeber - im Arbeitsvertrag ist § 4 Absatz 1 des Tarifvertragsgesetzes.¹⁾ Dieser Paragraph bestimmt: "Die Rechtsnormen des Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, gelten unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Diese Vorschrift gilt entsprechend für Rechtsnormen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen." Setzt also zum Beispiel ein Tarifvertrag einen Stundenlohn von drei Mark fest, so können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht auf einen Lohn von zwei Mark pro Stunde einigen. Weil die Tarifnormen über den Lohn zwingend gelten - diese Wirkung bezeichnet man auch als Unabdingbarkeit - ist die Vereinbarung des Stundenlohnes von zwei Mark unwirksam, auch wenn der Arbeitnehmer ausdrücklich erklärt, er sei mit dem vereinbarten Lohn zufrieden.

Gegenstand dieser Arbeit ist eine Untersuchung über das Verhältnis der Unabdingbarkeit der Tarifnormen zur Vertragsfreiheit: inwieweit sind die Tarifunterworfenen daran gehindert, den Inhalt des Arbeitsvertrags frei zu vereinbaren? Ist die Einschränkung durch die Verfassung gedeckt? Können die Koalitionen die Gestaltungsfreiheit der Partner des Einzelarbeitsvertrags beliebig einschränken oder ist ihre Regelungsbefugnis verfassungsrechtlich eingeschränkt? In der Literatur sind diese Fragen nirgends ausführlich behandelt. Nipperdey zum Beispiel begnügt sich mit dem knappen Hinweis, die zwingende Wirkung hebe die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien weitgehend auf. Da aber die Tarifnormen Vorschriften seien mit klar ausgesprochener Schutztendenz für den Arbeitnehmer, füge sich der Rechtsverkehr im allgemeinen auch widerspruchlos.²⁾ Wir wollen diese Äußerung nicht unbesehen hinnehmen, sondern im folgenden Art, Herkunft und Ausmaß der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis eingehend untersuchen.

Der erste Teil der Arbeit ist ein darstellender Teil. Darin soll vor allem die Position des Arbeiters aufgezeigt werden, da die Bestimmungen des Tarifvertragsgesetzes Schutzvorschriften zugunsten des Arbeiters sind. Wir werden zunächst

1) Tarifvertragsgesetz (TVG) vom 9. April 1949 (WiGBI 1949, S. 55) in der Fassung des Gesetzes vom 11. Januar 1952 (BGBl 1952 Teil I, S. 19) sowie des Gesetzes vom 23. April 1953 (BGBl 1953 Teil I, S. 156).

2) H. -N., II., S. 390; hier kann darauf hingewiesen werden, daß die nach Fertigstellung dieser Arbeit erschienene Untersuchung von K.H. Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe, 1964, nicht berücksichtigt ist.

dartun, daß der Arbeiter von der Verfassung her Grundrechtsträger wie jeder andere und gleichberechtigter Partner des Arbeitgebers ist. Demgegenüber werden wir seine tatsächliche Lage schildern und schließlich erörtern, wie sich der Zusammenschluß der Arbeiter durch die Praxis, die Arbeitsbedingungen tarifvertraglich zu regeln, auf seine Stellung ausgewirkt hat. Der zweite Abschnitt des ersten Teils ist den Tarifvertragstheorien gewidmet, das heißt den Versuchen von Rechtsprechung und Lehre, die Besonderheiten des Tarifvertrags zu deuten. Der zweite Teil der Arbeit ist der kritische Teil, in dem wir systematisch der Frage nachgehen werden: wie ist die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit verfassungsrechtlich zu rechtfertigen?

E R S T E R T E I L

DARSTELLUNG: VERTRAGSFREIHEIT UND UNABDINGBARKEIT

ERSTER ABSCHNITT DIE STELLUNG DES ARBEITNEHMERS

Erster Unterabschnitt Die Stellung des Arbeiters vor der gesetzlichen Regelung des Tarifvertrags

§ 2

DIE GESTALTUNGSFREIHEIT DES ARBEITSVERTRAGS: DIE VERTRAGSFREIHEIT ALS GRUNDRECHT

1. Unter Vertragsfreiheit ist ein dreifaches zu verstehen: erstens, die Freiheit zu entscheiden, ob man überhaupt einen Vertrag abschließen will, zweitens, mit wem man den Vertrag abschließen will und drittens, die Gestaltungsfreiheit, mit der wir es hier zu tun haben, also die Freiheit zu entscheiden, welches der Inhalt des Vertrages sein soll. ¹⁾ In dieser Form wird die Vertragsfreiheit als ein Prinzip angesehen, das unserer Privatrechtsordnung zugrunde liegt. Nicht zur Vertragsfreiheit gehört das Recht darauf, daß die einmal durch Vertrag begründeten Ansprüche erhalten bleiben und, wie vereinbart, erfüllt werden müssen.

Was ist Grundlage der Vertragsfreiheit und welche Einschränkungen sind möglich? In den Zivilrechtsgesetzen finden sich vielfach Einschränkungen der Vertragsfreiheit, insbesondere in Gestalt zahlreicher Formvorschriften. Zwar läßt sich für die einzelne Vorschrift jeweils die ratio legis ermitteln; inwieweit die Vertragsfreiheit einschränkbar ist, ist daraus aber nicht abzuleiten. Nichts anderes gilt für das besondere Rechtsgebiet des Arbeitsrechts. Zwar ist in § 105 Gewerbeordnung bestimmt: "Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern ist, vorbehaltlich der durch Reichsgesetz begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Übereinkunft", aber auch aus dieser Bestimmung ergibt sich nicht, in welchem Umfang Einschränkungen

1) LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, S. 43 ff. (49).

zulässig sind. Die Frage nach Garantie der Vertragsfreiheit und die Zulässigkeit von Einschränkungen ist vielmehr ein verfassungsrechtliches Problem. ²⁾

2. Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung ³⁾ ist die Vertragsfreiheit im Grundgesetz nicht ausdrücklich anerkannt. Daraus glauben einige Autoren folgern zu müssen, das Grundgesetz enthalte überhaupt keine Garantie der Vertragsfreiheit. ⁴⁾ Die Vertreter der herrschenden Meinung lehnen diese Ansicht jedoch ab; sie leiten die Vertragsfreiheit aus den allgemeinen Freiheitsrechten ab. Dabei stützen sich die einen ⁵⁾ auf Art. 2 Absatz 1 GG, andere ⁶⁾ auf Art. 14 GG, wieder andere ⁷⁾ entnehmen sie je nach dem, in welchem Gebiet sie Anwendung findet, Art. 2 Absatz 1, 12 oder 14 GG. Mit dieser letzten Ansicht haben wir uns zuerst auseinanderzusetzen. Ergäbe sich, daß die Vertragsfreiheit durch eines der speziellen Grundrechte garantiert ist, dann wäre es uns verwehrt, weiter zu prüfen, ob sich auch aus Art. 2 Absatz 1 GG die Vertragsfreiheit ab-

2) M. -D., Anm. 59 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

3) Art. 152 Abs. 2 bestimmte: "Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze."

4) Vgl. dazu: BALLERSTEDT, Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit, in: DÖV 1951, S. 160; HAAS, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: DÖV 1954, S. 71.

5) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 78; v. CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 179; KRÜGER, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 26; NIPPERDEY, Die soziale Marktwirtschaft in der Bundesrepublik, S. 11; GEIGER, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, S. 6; DÜRIG, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Nawiasky, S. 159, 168; HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in: DÖV 1956, S. 136, 138; MÜLLER, Kartellverbot und Grundgesetz, in: WuW 1953, S. 743; STRICKROTH, Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, in: NJW 1955, S. 1699; RAISER, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Lehmann, S. 145 ff.; M. -D., Anm. 53 ff. zu Art. 2 Abs. 1; BVerfGE Bd. 8, S. 328; BVerwGE Bd. 1, S. 321 (323); 3, S. 303 (304); 4, S. 332 (336).

6) Vgl. dazu: WEBER, Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, S. 358.

7) Vgl. dazu: LAUFKE, a. a. O., S. 156; BETTERMANN, Die "Kleine Mietpreisreform" und ihre Rechtsgültigkeit, in: JZ 1952, S. 65; BVerfGE Bd. 8, S. 328; Als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt Art. 2 Abs. 1 GG auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit, soweit sie nicht durch besondere Grundrechtsbestimmungen gewährleistet sind.

leiten läßt. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist, wenn es überhaupt ein Grundrecht ist, als das allgemeine Freiheitsrecht nur ein "Auffangrecht", das dann nicht in Betracht kommt, wenn ein spezielles Grundrecht den Bürger schützt. 8)

a) Insbesondere für den Arbeiter könnte man daran denken, die Grundlage für das Recht auf Vertragsfreiheit in Art. 12 Absatz 1 GG zu suchen. Nicht nur die Wahl des Arbeitsplatzes ist frei, sondern auch, wie sich aus Art. 12 Absatz 1 Satz 1 GG ergibt, die Berufsausübung, wenngleich sie durch Gesetz geregelt werden kann. Ist mit der Freiheit der Berufsausübung aber auch die Gestaltungsfreiheit des Arbeitsvertrags garantiert? Nicht in vollem Umfang, da nicht alle Abreden des Arbeitsvertrags die Ausübung des Berufes betreffen.

Deshalb müssen wir im folgenden untersuchen, ob Art. 2 Absatz 1 GG das Recht der Vertragsfreiheit gewährt.

b) Wenn man untersucht, ob sich aus Art. 2 Absatz 1 GG das Grundrecht der Vertragsfreiheit ableiten läßt, dann ist zunächst die Frage zu beantworten, ob dieser Grundgesetzartikel lediglich als Programmsatz oder als Satz des geltenden Rechts anzusehen ist. Denn trotz Art. 1 Absatz 3 GG, der die nachfolgenden Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht bezeichnet, wird die Meinung vertreten, daß das Grundgesetz einige Sätze enthalte, die lediglich programmatische Bedeutung haben. Dazu rechnen einige auch Art. 2 Absatz 1 GG. 9)

Man glaubt, erklärte man nicht einige Sätze zu Programmsätzen, müßte man aus allen Bestimmungen des Grundrechtsteils subjektiv-öffentliche Rechte herleiten. Dieser Schluß ist jedoch nicht zutreffend. Das Wort Grundrecht kann zwei Bedeutungen haben: einmal kann es Grundrechtsbestimmung, zum anderen subjektiv-öffentliches Recht meinen. Bedenkt man, daß durch Art. 1 Absatz 3 GG die Programmsätze der Weimarer Verfassung vermieden werden sollten, erscheint die Auslegung zutreffend, die das Wort Grundrecht im Sinn von Grundrechtsbestimmung verwendet. Dabei bedeutet Grundrechtsbestimmung gerade nicht gleichzeitig subjektiv-öffentliches Recht. Allerdings besteht eine Vermutung für die Existenz eines subjektiv-öffentlichen Rechts; im Einzelfall ist das jedoch zu unter-

8) Vgl. dazu BVerfGE Bd. 6, S. 37; 7, S. 386; 9, S. 343; dazu auch HAMANN, Das Grundgesetz, A 3, Art. 2; M.-D., Anm. 5 ff. zu Art. 2 Abs. 1 GG.

9) HAAS, a. a. O., in: DÖV 1954, S. 70; v. MANGOLDT-KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, Anm. III, 5 zu Art. 2; Bonner Kommentar, Anm. II 4 a zu Art. 1 und II 1 e zu Art. 6; v. MANGOLDT, Die Grundrechte, in: DÖV 1949, S. 262.

suchen. ¹⁰⁾ Laufke erläutert die Unterscheidung zwischen Grundrechtsbestimmung und Grundrecht am Beispiel des Art. 6 Absatz 5 GG. Dort heißt es: "Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern." Dieser Satz des Grundgesetzes ist kein Programmsatz sondern echter Rechtssatz, ohne daß er den unehelichen Kindern ein subjektiv-öffentliches Recht einräumt. Die Rechtssatzqualität zeigt sich darin, daß er implicite das Verbot an den Gesetzgeber enthält, den bestehenden Rechtszustand zu ändern, um die Stellung der unehelichen Kinder zu verschlechtern. ¹¹⁾

Wenden wir dieses Ergebnis auf Art. 2 Absatz 1 GG an, ist zu überlegen, ob sich aus dieser Bestimmung ein subjektiv-öffentliches Recht ergibt, aus dem man das Grundrecht der Vertragsfreiheit ableiten könnte. Mit der allgemeinen Meinung ist das zu bejahen. ¹²⁾ Der ablehnenden Ansicht muß entgegengehalten werden, daß sich Art. 2 Absatz 1 in nichts von Art. 2 Absatz 2, 5 Absatz 1, 17 und nicht wesentlich von Art. 8 Absatz 1, 9 Absatz 1, 12 Absatz 1 GG unterscheidet. Aus allen diesen Grundrechtsartikeln leitet man unbestritten subjektiv-öffentliche Rechte ab. ¹³⁾

Was bedeutet das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit? Es kann darunter einmal selbständiges Handeln und Denken verstanden werden oder aber auch nur die Entwicklung der im einzelnen Menschen schlummernden Anlagen. ¹⁴⁾ Da die Freiheit einen Vertrag zu gestalten, nur ein Teil der Handlungsfreiheit sein kann, kommt es auf diese Frage an. Zunächst erscheint es schon sehr fraglich, ob sich wirklich beide Möglichkeiten genau trennen lassen. Wie sollte sich die Entwicklung der Anlagen, die in einem Menschen ruhen, anders vollziehen, wenn nicht schließlich in einer Handlung? Zum anderen entspricht es auch dem

10) M.-D., Anm. 91 ff zu Art. 1 Absatz 3; LAUFKE, a. a. O., S. 156 ff.

11) LAUFKE, a. a. O., S. 157, 158.

12) MAUNZ, a. a. O., S. 91; DÜRIG, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, in: JZ 1953, S. 193.

13) LAUFKE, a. a. O., S. 158.

14) Im ersten Sinne: Bonner Kommentar, Anm. II 1 a zu Art. 2 GG; DEITING, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Rechtssicherheit und Rückwirkung von Steuergesetzen, in: Steuer und Wirtschaft 1955, S. 40; HAMANN, Rechtsstaat, S. 62; v. MANGOLDT-KLEIN, Anm. 2 zu Art. 2; SCHOLTISEK, Innere Grenzen der Freiheitsrechte, in: NJW 1952, S. 563. Im zweiten Sinne: BACHOFF, Buchbesprechungen, in: DÖV 1954, S. 352; JALLERSTEDT, Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit, in: DÖV 1951, S. 159; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 660.

Bestreben, die Grundrechte mit größtmöglicher Effektivität auszustatten, die Handlungsfreiheit einzubeziehen. 15)

Da sich die Vertragsfreiheit vorwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet auswirkt, ist als letztes zu prüfen, ob Art. 2 Absatz 1 GG nicht nur auf kulturellem und ideellem Gebiet eingreift, sondern auch auf wirtschaftlichem. Diese Frage ist sehr bestritten. 16)

Einige Autoren, vor allem Peters, halten Art. 2 Absatz 1 GG "für zu schade, um ihn trivial im ökonomischen Alltag abnutzen" zu lassen. 17) Auch sei diese Grundgesetzbestimmung juristisch nicht mehr faßbar, wenn man sie so weit auslege.

Beiden Argumenten läßt sich entgegensetzen, daß der Wortlaut der Verfassungsbestimmung keineswegs dafür spricht, unter Persönlichkeit nur ein geistig - sittliches Phänomen zu begreifen. Außerdem hat man den Begriff "Persönlichkeit des Menschen" als Ganzheitsbegriff zu verstehen. Es ist nicht möglich, die menschliche Persönlichkeit in isolierte Schichten aufzuspalten. Deshalb ist mit dem Bundesver-

15) LAUFKE, a.a.O., S. 160, 161.

16) ABENDROTH, Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft (Aussprache), in: VVDStRL 11, S. 141; BALLERSTEDT, Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit, in: DÖV 1951, S. 160; JELLINEK, Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft (Aussprache), in: VVDStRL 11, S. 124; MAUNZ, a.a.O., S. 96.;

SCHÜLE, Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft (Aussprache), in: VVDStRL 11, S. 85, 143, 144 vertreten die Ansicht, Art. 2 Abs. 1 GG erstrecke sich nur auf die ideellen und kulturellen Bereiche.

Die andere Ansicht vertreten: DÜRIG, Die Menschauffassung des Grundgesetzes, in: JR 1952, S. 262; FORSTHOFF, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Investitionshilfe, in: BB 1953, S. 421 ff.; HAMANN, Der Rechtsstaat, S. 62; DERS., Die Freiheit der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Bereich, in: BB 1955, S. 105; IPSEN, Rechtsfragen der Investitionshilfe, in: AöR 78, S. 310; HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in: DÖV 1956, S. 135; M.-D., Anm. 11 zu Art. 2 Abs. 1 GG; NIPPERDEY, Die soziale Marktwirtschaft, S. 7; vgl. auch PARTSCH, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, in: Ordo Bd. 6, 1954, S. 19 ff.

17) PETERS, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift für Th. Laun, S. 669 ff.; DERS., Gutachten, in: BARbBl. 1954, S. 207; vgl. dazu M.-D., Anm. 11 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

fassungsgericht ¹⁸⁾ daran festzuhalten, daß Art. 2 Absatz 1 GG auch auf wirtschaftlichem Gebiet gilt. Damit ist die Frage, ob das Grundgesetz die Vertragsfreiheit garantiert, leicht zu beantworten. Die Garantie der Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet umfaßt es, Verträge abzuschließen und deren Inhalt nach freiem Willen zu gestalten.

§ 3

DIE SOZIALE LAGE DES ARBEITERS

1. In der Praxis erwies sich die Vertragsfreiheit für den Arbeiter als rein formale Position. Die Richtigkeit dieser Aussage folgt daraus, daß der Arbeiter als Einzelperson kaum in der Lage war, mit dem Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen auszuhandeln. Die Arbeiter schlossen sich vielmehr schon frühzeitig zu Verbänden zusammen. Fragt man nach den Gründen für den Zusammenschluß, so lautet die Antwort: ihre soziale Lage zwang sie dazu. Verlangt ein Arbeiter mehr Lohn, so ist es für den Arbeitgeber leicht, dem lästigen Bittsteller die Tür zu weisen; sein Unternehmen und sein Profit bleiben davon unberührt. Drohen aber 100 Arbeiter mit Streik, so wird der Arbeitgeber sorgfältig abwägen, ob er nicht günstiger die Forderungen der Arbeiter erfüllt und so den Verlust vermeidet, der ihm aus dem Stillstand seines Unternehmens entsteht. Viele Schwache zusammen können einen Starken besiegen; das ist eine Erkenntnis, die nicht des Beweises durch geschichtliche Belege bedarf. Allein sie macht nicht deutlich, wieso gerade das ausgehende 18. und das 19. Jahrhundert die Jahrhunderte der Arbeiterbewegung sind. ¹⁾ Um diese Zeit begann die industrielle Entwicklung. Den Anfang macht England; Deutschland folgte später. Die Fabriken produzierten schneller und billiger, als es die Handwerker konnten. Wenn die Handwerker nicht mehr in der Lage waren zu konkurrieren, gaben sie ihren kleinen Besitz auf dem Land auf und zogen in die Stadt, um in der Fabrik zu arbeiten. Die fortschreitende Industrialisierung zwang immer mehr Menschen, diesen Weg zu gehen. Je mehr aber in den Städten das Angebot an Arbeitskräften wuchs, um so niedriger wurden die Löhne. Allein, auf sich gestellt, versuchte der Arbeiter nur durch seine Arbeitskraft, den Lebensunterhalt für sich und seine Familie zu verdienen. Der Arbeiter neben ihm stand vor der gleichen Situation; deshalb neidete jeder dem anderen den Pfennig, den er mehr verdiente. Dabei waren beide in gleichem Maße vom Unternehmer abhängig. Diese aber nutzten ihre Position

18) Vgl. die schon zitierte Entscheidung zur Vertragsfreiheit Bd. 8, S. 328.

1) FURTWÄNGLER, Die Gewerkschaften, S. 7; HERKNER, Die Arbeiterfrage, I, S. 1 ff.; im Einzelnen ist die Entwicklung der Arbeiterbewegung in § 24 behandelt.

rücksichtslos aus. Hätte man nicht die Berichte unverdächtiger Zeugen aus jener Zeit, man würde bezweifeln, daß in London und Birmingham siebenjährige Kinder aus den Armenhäusern in die Fabriken geschleppt und nach vier Stunden Nachtruhe zur Arbeit getrieben wurden! Dabei ist das kein Einzelfall. Frauen und Kinder arbeiteten in den Bergwerken unter unmenschlichen Bedingungen. ²⁾ Die sozialen Verhältnisse in Deutschland waren nicht anders. Um ein Bild davon zu geben, zitiere ich aus den Erinnerungen Julius Vahlteichs ³⁾: "Es war nur ein kleiner Teil der Arbeiter, welcher die allernotwendigsten Lebensbedürfnisse einigermaßen befriedigen konnte, die ungeheure Mehrzahl war tatsächlich auf das Niveau der Arbeitstiere herabgedrückt. In den Fabriken wurde in der Regel von früh sechs bis abends acht gearbeitet. Es gab eine Mittagspause von einer halben Stunde und halbstündige Pausen für Frühstück und Vesper. Der Lohn reichte für den geschicktesten, bestbezahlten Arbeiter nicht aus, um, sofern er unverheiratet war, ein eigenes Zimmer zu mieten. Die Gesellen schliefen in Bodenkammern unmittelbar unter dem Dach. Mochten sie bei ihrem Meister "wohnen" oder in irgendeiner Familie für wenige Pfennige eine "Schlafstelle" innehaben, sie waren überall im Weg. Verheiratete Handwerksgesellen gab es sehr wenige, und es haftete einer solchen Ehe ein gewisser Makel an. Es sollte nach dem herrschenden Vorurteil niemand heiraten, der sich nicht selbständig machen konnte. Die Lage der Verheirateten war natürlich noch schlechter als die der Ledigen. Frau und Kinder mußten arbeiten, um nur die kümmerliche Existenz zu sichern. Männliche Fabrikarbeiter waren wenig geachtet, weibliche unterlagen einer vorurteilsvollen Verachtung, womit nicht gesagt sein soll, daß sich die Handwerksgesellen einer besonderen Wertschätzung erfreut hätten. Gesetzgebung, Gerichte und Polizei behandelten den Gesellen als ein notwendiges Übel, einen Gemeinschaden, ein Versuchsobjekt kurzum als ein Geschöpf ohne Rechte, daß man nach Belieben reglementieren konnte. Die Arbeiter befanden sich wie die Dienstboten durchaus unter einer Ausnahmegesetzgebung. Die Pflege des Körpers wurde genauso vernachlässigt wie die des Geistes. Die Nahrung war schlecht. Der Genuß von vielem trockenen Brot verursachte außer anderen Übelständen besonders Sodbrennen, das man durch Kreideessen bekämpfte. Zur Reinlichkeit fehlte jede Gelegenheit; es waren keine 25 Pfennige wöchentlich übrig, um regelmäßig ein Bad zu nehmen. Es war vielfach Gebrauch, zu zweien in einem Bett zu schlafen."

-
- 2) ENGELS, Die Lage der arbeitenden Klassen in England (1845), hat die Verhältnisse eingehend beschrieben. Sein Buch ist der Vorläufer des 1848 veröffentlichten Kommunistischen Manifestes; vgl. FURTWÄNGLER, S. 11; HERKNER, a.a.O., I, S. 21 ff.
- 3) Zitiert nach FURTWÄNGLER, a.a.O., S. 12 f.

2. Warum half der Staat dem Elend nicht durch eine Arbeitergesetzgebung ab? Das lag einmal daran, daß die reichen Unternehmer großen politischen Einfluß hatten ⁴⁾ und so lange wie möglich die Arbeiter in Abhängigkeit zu halten suchten. Die einzelnen Arbeiter waren dagegen nicht in der Lage, Forderungen zu stellen, und Arbeiterverbände bestanden noch nicht. Das lag zum anderen auch an der Vorstellung vom Staate, die der Liberalismus mit sich brachte. Der Liberalismus ist ein Ordnungssystem entstanden auf dem geistesgeschichtlichen Hintergrund der Aufklärung. ⁵⁾ Kant definierte: "Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursachen derselben nicht im Mangel des Verstandes, sondern der Entschließung und des Mutes liegen, sich seiner ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Sapere aude! Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen, ist also der Wahlspruch der Aufklärung." ⁶⁾ Der autonome Mensch steht im Gegensatz zu dem von der Kirche und Staat geängsteten Menschen, der das ihm Vorgesetzte zu schlucken hat, weil es zu seinem Besten diene. ⁷⁾

Die Kraft der Vernunft vermag den Menschen sicher zu führen. ⁸⁾ Sie läßt ihn die Gesetze der Natur erkennen und macht ihn so zum Herrscher über die Natur.

-
- 4) Das Dreiklassenwahlgesetz von 1849 in Preußen stufte das Wahlrecht nach dem Besitz ab und war so eine Gewähr dafür, daß die Arbeiter unmündig blieben und verhinderte, daß sie ihre Forderungen auf gerechte Behandlung anmeldeten. (Vgl. dazu FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 47.)
- 5) BAUER, "Liberalismus", in Herders Staatslexikon; FEDERICI, Der deutsche Liberalismus; FRIED, Das Ende des Kapitalismus; HAYEK, Wahr und falscher Individualismus, in: Ordo, Bd. 1, S. 19; HEIMANN, Wirtschaftssysteme und Gesellschaftssysteme; HERKNER, a. a. O., II., S. 127 ff.; JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 3 f.; JOSTOK, Der Ausgang des Kapitalismus; KLÜBER, Grundfragen der christlichen Soziallehre, S. 102 ff.; KEYNES, The end of laissez-faire; MISES, Liberalismus; RÜSTOW, Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus; SOMBART, Der Bourgeois; DERS., Der moderne Kapitalismus; SPRANGER, Was heißt Liberalismus?, in: Universitas 1953, S. 449.
- 6) KANT, Beantwortung der Frage "Was ist Aufklärung?", S. 6.
- 7) KLÜBER, a. a. O., S. 102; die Aufklärung ist die Weltanschauung der Neuzeit, nachdem bereits Humanismus und Reformation die "Bindungen des Mittelalters" erschüttert haben.
- 8) KLÜBER, a. a. O., S. 104.

Berauscht von den Erkenntnissen der klassischen Physik glaubte man, die Welt laufe ab wie ein Uhrwerk nach immanenten, erkennbaren Gesetzen.⁹⁾ Auch die Wirtschaft gehorcht Gesetzen, die wie die Naturgesetze gelten.¹⁰⁾ Die "richtige" Wirtschaftsordnung verwirklicht sich von selbst, wenn das Spiel der freien Kräfte nicht behindert wird. Verfolgt jeder seine eigenen Interessen, so führt das automatisch zur sozialen Harmonie.¹¹⁾ Von daher gesehen ist es verständlich, daß die Aufgaben des Staates sich darin erschöpften, Mord und Diebstahl zu verhindern. Ein Eingriff durch Arbeiterschutzgesetze hätte den natürlichen Ablauf der Wirtschaft gehindert und nur "Disharmonie" hervorgebracht.

Voraussetzung für ein freies Spiel der Kräfte ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit, nach dem es den einzelnen überlassen bleibt, die Bedingungen für Leistung und Gegenleistung auszuhandeln. "Vertragsfreiheit" galt für alle Verträge, also auch für den Arbeitsvertrag. Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrachtete man als gleichwertige Partner. Danach stand es im Belieben des Arbeitnehmers, einen Arbeitsvertrag abzuschließen oder es zu unterlassen, wenn ihm dessen Bedingungen nicht zusagten. In Wirklichkeit war diese Freiheit nur eine formale Position. Das Arbeitsverhältnis ist mit den herkömmlichen Begriffen von Leistung und Gegenleistung, Erfüllung und Nichterfüllung nicht interessengemäß zu begreifen.¹²⁾ Wie die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses, die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber rechtlich zu erfassen und zu berücksichtigen sind, das ist die Aufgabe des neuen Rechtsgebietes "Arbeitsrecht". Wenn auch eine Verfassung jedem Würde und Freiheit garantiert, sind Menschenwürde und Freiheit durch die schwache soziale Stellung des Arbeiters gefährdet. Greift der Staat hier nicht ein, so bleibt nur die Möglichkeit, daß sich die Arbeiter in Organisationen zusammenschließen, die auf Grund ihrer Mitgliederzahl einen wirtschaftlichen Druck auf den Unternehmer ausüben können. Denn auf die Arbeiterschaft insgesamt ist der Arbeitgeber angewiesen.

9) KLÜBER, a. a. O., S. 104.

10) Der Begründer des klassischen Wirtschaftsliberalismus ist ADAM SMITH, *Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, 1776; KLÜBER, a. a. O., S. 111 f.

11) KLÜBER, a. a. O., S. 112.

12) Vgl. für viele NIKISCH, I., S. 159 ff.; H.-N., I., S. 33 f., 34 ff.; HERKNER, a. a. O., I., S. 7 ff.

DIE RECHTLICHE BEHANDLUNG DES TARIFVERTRAGS BIS ZU SEINER GESETZLICHEN REGLUNG

1. Nachdem sich die Arbeiter die Koalitionsfreiheit erkämpft hatten und dazu übergegangen waren, die Arbeitsbedingungen in Tarifverträgen festzulegen - die Einzelheiten dieser Entwicklung können hier dahinstehen -, gab es noch keine gesetzliche Regelung des Tarifvertrags, Abschluß und Durchführung bestimmten sich nach den Vorschriften, die für privatrechtliche Verträge galten. Dieser Grundsatz wurde allerdings durch § 152 Absatz 2 Gewerbeordnung eingeschränkt. Darin heißt es: "Jedem Teilnehmer steht der Rücktritt von solchen Vereinigungen und Verabredungen" - gemeint sind die "Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen" nach § 152 Absatz 1 - "frei, und es findet aus letzterem weder Klage noch Einrede statt."¹⁾ Diese Bestimmung ist mißverständlich; der Wortlaut läßt nicht klar erkennen, ob der Gesetzgeber die Klagemöglichkeit aus den Vereinbarungen zwischen den Koalitionen oder aus dem Verhältnis der Koalitionen zu ihren Mitgliedern ausschließen wollte. Das Reichsgericht hat jedoch ausgesprochen, daß § 152 Absatz 2 nicht die Klagen aus dem Tarifvertrag betrifft.²⁾ Inwieweit durch die genannte Bestimmung aber eine Klage der Koalitionen gegen ihre Mitglieder ausgeschlossen sein sollte, hat das Reichsgericht nicht zweifelsfrei entschieden.³⁾ Es entsprach aber der allgemeinen Meinung, daß eine solche Klage wegen § 152 Absatz 2 nicht möglich war.⁴⁾ Wenn also zum Beispiel ein Arbeitgeber sich weigerte, einen Arbeitsvertrag unter den Bedingungen des Tarifvertrags abzuschließen, dann konnte der Arbeitgeberverband nicht mehr tun, als sein Mitglied dazu anzuhalten, aus freien Stücken seiner "Verpflichtung", den Arbeitsvertrag nach Tarif abzuschließen, nachzukommen. In gleicher Weise konnte auch die Gewerkschaft nur außergerichtliche Druckmittel anwenden, wenn ein Mitglied die Solidarität brach und tarifvertragswidrige Abreden traf. Den außergerichtlichen Druckmitteln war aber durch die Strafvorschrift des

1) Diese Bestimmung wurde ausdrücklich erst durch § 69 Abs. 2 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934 (RGBl. Teil I, S. 45) aufgehoben. Vorher war es umstritten, ob diese Bestimmung vereinbar sei mit der Koalitionsfreiheit, welche die Weimarer Reichsverfassung gewährte. Vgl. dazu, LANDMANN, Kom. zur Gewerbeordnung, Anm. 4 zu § 152; LANDMANN-ROHMER, Gewerbeordnung, Vorbem. A 1 2 zu § 152.

2) RGZ Bd. 73, S. 99.

3) RGZ Bd. 73, S. 99 f.

§ 153 Gewerbeordnung eine wirksame Grenze gezogen. Diese Bestimmung lautete: "Wer andere durch Anwendung körperlichen Zwanges, durch Drohungen, durch Ehrverletzungen oder durch Verrufserklärung bestimmt oder zu bestimmen versucht, an solchen Verabredungen (§ 152) teilzunehmen, oder ihnen Folge zu leisten, oder andere durch gleiche Mittel hindert oder zu hindern versucht, von solchen Verabredungen zurückzutreten, wird mit Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft, sofern nach dem allgemeinen Strafgesetz nicht eine härtere Strafe eintritt." ⁵⁾ Da aber die Arbeiter mehr auf die Gewerkschaften angewiesen sind, als die Arbeitgeber auf ihren Verband, war es für die Gewerkschaften leichter, im Rahmen des Erlaubten ihre Mitglieder zur Solidarität zu bestimmen. Aber gerade in einer schlechten Konjunkturlage - bei steigender Arbeitslosigkeit - in Zeiten also, in denen Solidarität besonders erwünscht war, erwiesen sich auch die gewerkschaftlichen Druckmittel nicht immer als ausreichend. Welchem Arbeiter, auf den zu Hause eine hungrige Familie wartet, ist es zu verdenken, wenn er, um überhaupt arbeiten zu können, einen untertariflichen Lohn annahm!

Wissenschaft und Praxis waren deshalb bemüht, eine juristische Konstruktion des Tarifvertrags zu finden, die eine möglichst große Wirksamkeit garantiert. Man ging davon aus, daß der Tarifvertrag am wirksamsten dann wäre, wenn die Arbeitsbedingungen zwingend für den Arbeitsvertrag galten. In diesem Fall könnte der Arbeiter nichts vom Tarifvertrag Abweichendes vereinbaren.

2. a) Lotmar versuchte die Frage, wie die zwingende Wirkung der Tarifnormen zu erreichen sei, mit der Vertretertheorie zu beantworten. ⁶⁾ Nach dieser Theorie sind die Koalitionen die Vertreter ihrer Mitglieder; sie allein sind die Parteien des Tarifvertrags und werden aus ihm berechtigt und verpflichtet. Im Tarifvertrag

5) Zitiert von LANDMANN, Kommentar zur Gewerbeordnung § 153 GewO. wurde aufgehoben durch Gesetz vom 22. 5. 1918 (RGBl. S. 423).

6) LOTMAR, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, in: Arch. f. soz. Ges. u. Stat. Bd. 15, S. 1 ff., 99 ff.; DERS., Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. 1, S. 755 ff. (insbes. S. 795 ff.); weitere Vertreter: SCHALHORN, in: Soz. Praxis, Bd. 9 (1899/1900), Sp. 881, 882; DERS., Von der Verpflichtung aus Tarifverträgen und den Anlässen zu Tarifbrüchen, in: Soz. Praxis, Bd. 15 (1905/1906) Sp. 586; BAIL, Das Rechtsverhältnis des Arbeitgebers und Arbeitnehmers im Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe; BAUM, Die rechtliche Natur des kollektiven Arbeitsvertrages, in: Gruchots Beiträge Bd. 49 (1905) S. 261 (275); KOBATSCH, Kollektive Arbeitsvereinbarungen, in: Verhandlungen des 29. DJT (1908) Bd. 4 (Gutachten) S. 1, (39 f.).

haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Bedingungen des Arbeitsvertrages festgelegt und sich verpflichtet, den Arbeitsvertrag diesem gemäß zu schließen. Wenn sich der Arbeitgeber weigert, einen Arbeitsvertrag unter den tarifvertraglichen Bedingungen einzugehen, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch gegen den Arbeitgeber, daß der Arbeitsvertrag entsprechend abgeschlossen werde. Dieser Anspruch ist gerichtlich durchsetzbar. Mit dem Urteil, das den Arbeitgeber verurteilt, den Arbeitsvertrag zu schließen, gilt die entsprechende Willenserklärung des Arbeitgebers gemäß § 894 ZPO als abgegeben.

Sind die Kontrahenten des Arbeitsvertrages durch den Tarifvertrag aber auch daran gehindert eine vom Tarifvertrag abweichende Abrede zu treffen? Dazu meint Lotmar folgendes: Die Arbeitnehmer und die Arbeitgeber schließen den Tarifvertrag in der Absicht und mit dem Versprechen ab, daß von ihm abweichende Arbeitsverträge nicht möglich sein sollen. "Dieser Effekt kann rechtlich nicht anders erreicht werden, als daß jene Arbeitsverträge als tarifvertragsmäßig geschlossen behandelt werden, auch wenn die Parteien einen vom Tarifvertrag abweichenden Inhalt aufgenommen haben. Gegenüber dem kollektiven im Tarifvertrag fixierten Willen ist daher der im Arbeitsvertrag geäußerte individuelle nicht bloß überflüssig, sondern auch ohnmächtig." ⁷⁾ Die Parteien des Einzelarbeitsvertrags können, meint Lotmar, nicht einmal verhindern, daß an Stelle ihrer individuellen Abmachungen die Bestimmungen des Tarifvertrags treten. Nur diese Rechtswirkungen werden dem Prinzip des kollektiven Vertragsschlusses gerecht. Die Parteien des Arbeitsvertrags und des Tarifvertrags sind nach Lotmar nicht identisch: den Arbeitsvertrag schließt der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber, den Tarifvertrag eine Mehrheit. "Die Schranke der Vertragsfreiheit, welche der Tarifvertrag setzt, ist von einer Mehrheit zusammen errichtet worden, es wäre widerspruchsvoll, wenn die Zustimmung eines einzelnen aus dieser Mehrheit zur Wiederherstellung der Vertragsfreiheit hinreichen würde." ⁸⁾

b) Schon Oertmann hat darauf hingewiesen, daß Lotmar mit dieser Begründung der Unabdingbarkeit seine Ausgangsposition, die Vertretertheorie, bereits aufgegeben hat. ⁹⁾ Nach der Vertretertheorie gilt der Tarifvertrag deshalb für den

7) LOTMAR, Der Arbeitsvertrag, Bd. I, S. 782. Zu den anderen Gründen, z.B. zu dem Analogieschluß zu einer Bestimmung der Gewerbeordnung vgl. LOTMAR, Der Arbeitsvertrag, Bd. I, S. 782 ff. (785).

8) Wie LOTMAR; RUNDSTEIN, Tarifrechtliche Streitfragen, S. 54; ROSNER, Der Kollektivvertrag, S. 11 ff.; KOEHNE, Die Arbeitsordnung im deutschen Gewerbe, S. 260; BAIL, Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe, S. 73 f.

9) OERTMANN, Zur Lehre vom Tarifvertrag, in: Z.f. Soz. Wiss. Bd. 10 (1907), S. 9.

einzelnen, weil er Vollmacht gegeben hat. Wenn Lotmar aber die zwingende Wirkung darauf stützt, daß alle einheitlich den Vertrag geschlossen haben, so kann das nur heißen: die ganze Gruppe, der Verband ist im eigenen Namen aufgetreten und ist Partei des Vertrags.

Sinzheimer der Begründer der Verbandstheorie hat sich eingehend mit der Vertretertheorie auseinandergesetzt und die Argumente, mit denen Lotmar die zwingende Wirkung der Tarifnormen begründet, kritisch überprüft.¹⁰⁾ Er gesteht Lotmar zu, daß nach bürgerlichem Recht die Koalitionen nicht gehindert sind, den Tarifvertrag im Namen ihrer Mitglieder zu schließen und folgt Lotmar auch bei seinem nächsten Gedankenschritt; sicherlich haben die Tarifvertragsparteien durch den Tarifvertrag versprochen, keine tarifwidrigen Arbeitsverträge abzuschließen. Damit ist aber noch nicht gesagt, wendet Sinzheimer ein, ob der Wille der Parteien auch vom Tarifvertrag abweichende Abreden zu verhindern vermag. Um das entscheiden zu können, ist mit Sinzheimer zu fragen: "kann das positive Recht diesem Willen folgen?"¹²⁾ Er hat das mit Recht verneint; nach bürgerlichem Recht ist keine Grund ersichtlich, warum eine vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarung unwirksam sein sollte.¹³⁾ Sinzheimer führt dazu noch folgendes aus: Wenn Lotmar die Unwirksamkeit daraus folgere, daß der einzelne in der Gemeinschaft gebunden sei, so ist das rechtlich nur so zu verstehen, daß durch den Abschluß des Arbeitsnormenvertrages ein Verhältnis begründet wird, das Ansprüche zur gesamten Hand hervorruft. Über diese Ansprüche kann der einzelne nicht verfügen. Dennoch ist er nicht gehindert, im Arbeitsvertrag vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen zu treffen, weil Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wenn sie den Arbeitsvertrag abschließen, nicht über die Ansprüche aus dem Tarifvertrag verfügen. Sie lassen den Tarifvertrag unberührt und begründen zwischen sich eine selbständige Verbindlichkeit.¹⁴⁾ Danach wäre mit der Vertretertheorie die zwingende Wirkung der Tarifnormen nicht zu erreichen.

c) Wir wollen uns mit der Beweisführung Sinzheimers nicht zufrieden geben, sondern noch einmal überprüfen, ob nicht mit einer besonderen Form der Stellvertretung die zwingende Wirkung der Tarifnormen zu erreichen ist. Es ist zu erwägen, ob nicht eine Vollmachtserteilung möglich ist, die bewirkt, daß mit ihrer Erteilung die Zuständigkeit des Vollmachtgebers, auf dem Gebiet, das die Voll-

10) SINZHEIMER, Rechtsfragen des Arbeitstarifvertrages, in: Schriften der Ges. f. soz. Ref. Heft 44, S. 18; DERS., Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. II, S. 78 ff.

11) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. I, S. 69.

12) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. II, S. 79.

13) ebenda.

14) ebenda.

macht betrifft, rechtsgeschäftlich tätig zu werden, unwiderruflich verdrängt wird. Gehen wir von einem Fall aus, zu dessen Lösung man eine "verdrängende unwiderrufliche Vollmacht" ¹⁵⁾ heranziehen könnte: ¹⁶⁾ Ein Gemäldesammler schuldet einem Kunsthändler eine größere Geldsumme. Da der Sammler zur Zeit kein Geld hat, beauftragt und bevollmächtigt er deshalb den Händler unwiderruflich, eines seiner Bilder zu einem möglichst hohen Preis zu verkaufen und zu übereignen. Mit dem Erlös will der Sammler seine Schuld begleichen. Das Bild behält der Sammler in Besitz. Dann reut ihn das Geschäft, weil er das Geld für sich behalten möchte. Als sich ihm unerwartet eine Gelegenheit bietet, das Bild loszuschlagen, verkauft und übereignet er es. An dieser Verfügung ist er nach herrschender Ansicht durch die Bevollmächtigung des Händlers nicht gehindert. ¹⁷⁾ Der Käufer ist Eigentümer und der Händler hat das Nachsehen. Anders wäre die Rechtslage zumindest in dem Fall, in dem der Käufer von der Abrede mit dem Händler gewußt hätte, wenn man die "verdrängende unwiderrufliche Vollmacht" zuließe. Mit der Bevollmächtigung wäre die Verfügungsbefugnis beschränkt worden, so daß der Käufer nicht Eigentümer geworden wäre.

Die Vertreter der herrschenden Meinung führen gegen die Zulässigkeit der "verdrängenden unwiderruflichen Vollmacht" folgende Argumente an: Durch eine solche Vollmacht, meinen sie, begeben sich der Vollmachtgeber des Rechts, seine Angelegenheiten selbst zu erledigen; kraft der Verfügungsfähigkeit beschränke der Vollmachtgeber die Verfügungsfähigkeit. Das sei nicht möglich, weil damit durch Rechtsgeschäft die Rechtsnormen geändert würden, die eigentlich die Voraussetzung für den Rechtsverkehr bilden; das Organisationsrecht, das allem Rechtsverkehr vorgeht. Müller-Freienfels drückt diesen Gedanken, dessen Richtigkeit, abgesehen von der Schlußfolgerung, welche die herrschende Meinung daraus gegen die Zulässigkeit der unwiderruflich verdrängenden Vollmacht gewinnt, niemand bestreitet, in überzeugender Weise folgendermaßen aus: "Wie sollen Private selbst durch Rechtsgeschäft bestimmen können, wer zu dem Personenkreis gehört, der rechtsgeschäftlich handeln kann, wo doch ihre eigenen rechtsgeschäftlichen Handlungen, um rechtswirksam zu sein, logisch voraussetzen, daß ihre Urheber selbst als Private handeln können. Es lassen sich die Gültigkeitsbe-

-
- 15) Die Bezeichnung "verdrängende" Vollmacht hat WIEACKER, *Bodenrecht*, S. 125 geprägt.
- 16) Vgl. dazu MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, S. 124 ff.
- 17) Vgl. zu ähnlichen Fällen: OLG Frankfurt, in: JW 1933, S. 131; RGZ, in: LZ 1917, S. 389; weiter dazu BÜLOW, *Geständnisrecht*, S. 37 ff.; v. TUHR, *Zur widerruflichen Vollmacht*, S. 60 ff.; MOSSA, *Unwiderruflichkeit der Vollmacht*, in: Riv. Dir. Com. 1924 I, S. 413.

dingungen der Rechtsgeschäfte nicht selbst wieder durch Rechtsgeschäfte setzen, sondern sie müssen von einer vorgehenden Ordnung statuiert werden." ¹⁸⁾ Als zweites berufen sich die Gegner der "verdrängenden unwiderruflichen Vollmacht" auf § 137 Satz 1 BGB, wonach die Befugnis, über ein veräußerliches Recht zu verfügen, durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. ¹⁹⁾ Müller-Freienfels, der in dem Beispiel der Bevollmächtigung zum Bilderverkauf die "verdrängende unwiderrufliche Vollmacht" für zulässig erachtet, meint das erste Gegenargument spreche nicht gegen die Zulässigkeit der verdrängenden Vollmacht. Eine verdrängende Vollmacht zum Bilderverkauf verändere in Wirklichkeit gar nicht die allen Rechtsgeschäften vorgehende Zuständigkeitsregelung. Die allgemeine Zuständigkeit des Rechtssubjekts, Verpflichtungen einzugehen oder Rechte zu erwerben, werde nicht aufgehoben, sondern es werde nur die Rechtszuständigkeit an einer konkreten Sache oder Forderung eingeschränkt. ²⁰⁾ Auch mit dem Argument aus § 137 BGB setzt sich Müller-Freienfels auseinander. ²¹⁾ Damit brauchen wir uns nicht zu beschäftigen; wir fragen, ob durch die verdrängende Vollmacht der Arbeiter an die Gewerkschaft und der Arbeitgeber an ihren Verband die Rechtszuständigkeit an einer konkreten Sache eingeschränkt oder ob das der Disposition des einzelnen nicht unterliegende Organisationsrecht verändert wird.

Soll durch die Vollmacht der Verbandsmitglieder an ihre Verbände die rechtsgeschäftliche Zuständigkeit der Vollmachtgeber für den Bereich der Vollmacht ausgeschlossen sein, so sind die Vollmachtgeber nicht gehindert, über einen bestimmten Gegenstand zu verfügen, sondern es ist ihnen die Möglichkeit genommen, die Arbeitsbedingungen selbst auszuhandeln. Die Fähigkeit, Verträge zu schließen und ihren Inhalt frei zu gestalten, ist Teil der Geschäftsfähigkeit. Demnach wäre es nur dann möglich, die Zuständigkeit des Arbeitnehmers und Arbeitgebers, die Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, auszuschließen, wenn es zulässig wäre, durch Rechtsgeschäft die Geschäftsfähigkeit einzuschränken. Das ist aber nicht zulässig! Die Geschäftsfähigkeit durch Vertrag einschränken hieße zuzulassen, das dem Rechtsverkehr vorgegebene Ordnungsrecht rechtsgeschäftlich zu verändern. Mit Hilfe der "verdrängenden unwiderruflichen Vollmacht", wie sie ein Teil der Lehre unter Führung von Müller-Freienfels für zulässig erachtet, ist also die konkurrierende Zuständigkeit der Tarifunterworfenen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen nicht auszuschließen. Damit bleibt es bei dem Ergebnis Sinzheimers: mit der Vertretertheorie ist die zwingende Wirkung der Tarifnormen nicht zu erreichen.

18) MÜLLER-FREIENFELS, a. a. O., S. 127 f.

19) Vgl. dazu ebenda.

20) MÜLLER-FREIENFELS, a. a. O., S. 128.

21) ebenda.

3. a) Sinzheimer hat sich nicht darauf beschränkt, die Vertretertheorie zu kritisieren, sondern hat eine eigene Theorie, die Verbandstheorie, entwickelt. ²²⁾ Parteien des Tarifvertrags sind nach dieser Theorie nicht die Mitglieder der Koalitionen sondern die Koalitionen selbst. Der Arbeitnehmer hat auch nach Sinzheimers Theorie einen Anspruch gegen den Arbeitgeberverband oder, wenn ein Arbeitgeber den Tarifvertrag geschlossen hat, gegen diesen, daß der Arbeitsvertrag gemäß den Bedingungen des Tarifvertrags geschlossen wird. Dieser Anspruch, ergibt sich aus dem Tarifvertrag selbst, der insoweit Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Absatz 1 BGB) ist. Der Tarifvertrag wird im Interesse der jeweiligen Verbandsmitglieder geschlossen. Deshalb kann man, wenn im Tarifvertrag selbst eine Bestimmung über die Rechte Dritter nicht enthalten ist, aus dem Zweck des Vertrags, wie es § 328 Absatz 2 BGB gestattet, entnehmen, daß der Arbeitnehmer einen unmittelbaren Anspruch erwerben soll. ²³⁾ Ist aber der Arbeitgeber nicht selbst Partei des Tarifvertrags, dann kann der Arbeitnehmer von diesem nicht verlangen, den Arbeitsvertrag nach den Bedingungen des Tarifvertrags abzuschließen. Er hat aber das Recht, vom Arbeitgeberverband zu fordern, dieser möge seinen Verpflichtungen aus dem Tarifvertrag nachkommen und entsprechend auf sein Mitglied einwirken. Diesen Einwirkungsanspruch konnte der Arbeiter allerdings in den meisten Fällen gerichtlich nicht durchsetzen, da dem § 152 Absatz 2 Gewerbeordnung entgegenstand. ²⁴⁾ Vereinbaren die Parteien des Arbeitsvertrags jedoch einen Lohn, der unter dem Tariflohn liegt, dann ist diese Abrede nicht unwirksam, da es dem Arbeiter freisteht, sein Recht

22) SINZHEIMER, Vorbericht zu dem Referat über Tarifverträge und Versammlungsberichte, in: Gewerbe- und Kaufmannsberichte, Bd. 10, Sp. 375 und Bd. 11, Sp. 77; DERS., Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. 1, S. 63 ff.; DERS., Vortrag auf der Hauptversammlung der Gesellschaft für soziale Reform in Düsseldorf, in: Schriften der Ges.f. soz. Ref., Heft 45, 46, S. 18; DERS., Rechtsfragen des Arbeitstarifvertrages, in: Schriften der Ges.f. soz. Ref. Heft 44, S. 13 ff., 39 ff.; DERS., Ein Arbeitstarifgesetz, S. 39 ff.;

weitere Vertreter der Verbandstheorie:

ROSNER, Der Kollektivvertrag, S. 5; HÜGLIN, Der Tarifvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, S. 90 f.; OERTMANN, Zur Lehre vom Tarifvertrag, in: Z.f. Soz. Wiss., Bd. 10, S. 1 ff.; PRENNER, Zur volkswirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tarifverträge, in: Seuf. Bl.f. Rechtsanwendung Bd. 72, S. 186; ZEITLER, Die rechtliche Natur des Arbeitstarifvertrags; LANDSBERG, Einiges zur Gestaltung des Tarifvertrages, in: Festgabe für Krüger, S. 163.

23) Vgl. dazu RGZ Bd. 73, S. 105; dazu auch RAMM, a.a.O., S. 43 f.

24) RAMM, a.a.O., S. 44 f.

aus dem Tarifvertrag auszuschlagen. Mit der Verbandstheorie ist also die zwingende Wirkung der Tarifnormen nicht zu erreichen.

b) Sinzheimers Hauptanliegen ist es nicht gewesen, de lege lata die zwingende Wirkung der Tarifnormen zu konstruieren - er hat selbst gesehen, daß dies nicht möglich ist -, sondern die Tarifvertragsgesetzgebung vorzubereiten. Sinzheimers Hauptgedanken lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: ²⁵⁾ Wie Lotmar zutreffend erkannt hat, entspricht es Sinn und Zweck des Tarifvertrags, daß seine Bestimmungen zwingend für den Arbeitsvertrag gelten. Nach Sinzheimers Vorstellung geht es aber nicht an, wie es der Vertretertheorie entspricht, den Tarifvertrag in eine Vielzahl von Einzelverträgen, geschlossen zwischen jedem Arbeitgeber und jedem Arbeitnehmer, zu zerlegen. Der Tarifvertrag ist ein einheitlicher Vertrag, den die Verbände schließen. Im Tarifvertrag legen sie nicht nur die Arbeitsbedingungen nieder, sie bestimmen auch die Geltungsdauer des Tarifvertrags, vereinbaren, unter welchen Voraussetzungen er gekündigt werden darf, und wie Arbeitsstreitigkeiten zu schlichten sind. Das sind Regelungen, die nur die Koalitionen selbst betreffen. Bricht ein Streik aus, ohne daß der Tarifvertrag vereinbarungsgemäß gekündigt wurde, dann ist nicht der einzelne Arbeiter dafür verantwortlich, sondern die Gewerkschaft. Schon aus diesen Gründen ist man auch nach Sinzheimer genötigt, die Koalition als die Partei des Tarifvertrags anzusehen. Und noch einen anderen Grund zieht Sinzheimer heran: Da die in dem Tarifvertrag festgelegten Arbeitsbedingungen zwingend für den Arbeitsvertrag gelten sollen, erfüllen sie die Funktion eines Arbeiterschutzgesetzes. Die Koalitionen schaffen durch ihre Vereinbarungen also ein Berufs- und Klassenrecht. Deshalb ist es unmöglich, die Tarifnormen über ein Vertretungsverhältnis den Tarifunterworfenen zuzurechnen. ²⁶⁾

Das Besondere an der Rechtsetzung durch die Tarifparteien besteht darin, daß sie im Vertragswege erfolgt. Sinzheimer bezeichnet die Rechtsetzung der Koalitionen als Vertragsautonomie; er führt dazu folgendes aus: "Befangen in der alten individualistischen Anschauung, die nur zwei Rechtsfaktoren kennt, den einzelnen und den Staat, aber alle sozialrechtlichen Gebilde ablehnt, haben wir uns daran gewöhnt, die Autonomie als Rechtsquelle in unserer Zeit zu leugnen. Diese Autonomien bestehen aber, wenn auch außerhalb des Gesetzes, als soziale Autonomien, die sich mit sozialen Zwangsmitteln durchsetzen und erhalten. Autonomien sind unsere größeren Betriebe, ²⁷⁾ die sich vor unseren Blicken zu Betriebsverbänden erweitern. Autonomien sind aber auch unsere Tarifverträge, Autonomien genossenschaftlicher Art. Sie streben danach, objektives Recht hervorzubringen für alle,

25) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. 1, S. 81 ff.

26) SINZHEIMER, ebenda, S. 83.

27) Besser würde es hier heißen. Träger von Autonomien sind unsere größeren Betriebe.

die dem Tarifvertrag unterworfen sind." ²⁸⁾ Im Gegensatz zu Sühnevertrag und Höferecht, Verfassungsvertrag und völkerrechtlichem Vertrag, könne der Tarifvertrag seine Geltung als objektives Recht nur vom Staat herholen. Deshalb fordert Sinzheimer, daß den Tarifvertragsparteien Rechtsetzungsgewalt verliehen werde. ²⁹⁾

4. Ettinger hat die Kombinationstheorie, die Mittelmeinung zwischen Vertreter- und Verbandstheorie, am klarsten begründet. ³⁰⁾ Er geht von der Frage aus: was haben die Vertragsschließenden gewollt? Haben die Verbände als Vertreter für die Mitglieder gehandelt oder haben sie den Tarifvertrag im eigenen Namen abgeschlossen? Wie auch Sinzheimer betont hat, ³¹⁾ standen ihnen rechtlich beide Möglichkeiten offen. Vielfach wird sich aber aus dem Tarifvertrag nicht ergeben, was der Wille der Parteien gewesen ist. Darum ist die zweite Frage: welche juristische Konstruktion wird dem Willen der Parteien am ehesten gerecht? Der Wille der Koalitionen geht dahin, ihren Mitgliedern einen möglichst umfassenden Schutz zu verschaffen. Aus diesem Grunde, schließt Ettinger, ist davon auszugehen, daß die Koalitionen den Tarifvertrag im eigenen und im fremden Namen abgeschlossen haben. Auf diese Art ist einmal erreicht, daß die Arbeiter einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch gegen den Arbeitgeber haben, daß der Arbeitsvertrag unter den Tarifbedingungen abgeschlossen wird. Zum anderen hat aber auch der eine Verband ein eigenes Recht dem anderen gegenüber und kann als Organisation erscheinen, die, wie Sinzheimer es formuliert hat,

28) SINZHEIMER, Vortrag a. a. O., S. 37, 38.

29) SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz, S. 48 ff. bis 50.

30) ETTINGER, Arbeitsnormenvertrag und Schadensersatzpflicht wegen Verrufs-
erklärungen, in: Verhandlungen des 29. DJT Bd. 4, (Gutachten) S. 83
(103 f.);

weitere Vertreter der Kombinationstheorie:

WÖBLING, Die gesetzliche Regelung des Tarifvertrages, in: ArchSozWiss
uSozPol. Bd. 29 (1909), S. 481, 869; RUNDSTEIN, Der Tarifvertrag im
französischen Privatrecht; DERS., Die Tarifverträge und die moderne
Rechtswissenschaft, eine rechtsvergleichende Untersuchung; DERS., Bei-
träge zu Dogmatik des Tarifvertragsrechts, in: ArchBürgR. Bd. 36 (1911),
S. 204 ff.; SCHALL, Das Privatrecht der Arbeitstarifverträge, in:
Ihrrs Jahrb. Bd. 52, S. 118; ROSENTHAL, Die gesetzliche Regelung
des Tarifvertrages, in: Festgabe für Laband, S. 135 (180); BRÜCKNER,
Der Arbeitsvertrag, in: Recht 1911, Sp. 345 (353).

31) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. I, S. 69;
vgl. ähnlich auch RGZ Bd. 81, S. 4.

Schöpferin des neuen Klassen- und Berufsrechts ist. Sinzheimer hat jedoch die Kombinationstheorie aus ähnlichen Erwägungen wie die Vertretertheorie abgelehnt. 32)

5. Die Diskussion über die Frage, wer Partei des Tarifvertrags ist, verlor viel an Bedeutung, als die Verordnung vom 23. Dezember 1918 die Tarifnormen mit zwingender und unmittelbarer Wirkung ausstattete. 33) Die Tarifvertragsverordnung war allerdings nur als Übergangslösung gedacht und sollte durch ein sorgfältig ausgearbeitetes Tarifvertragsgesetz ersetzt werden. Eine große Zahl von Entwürfen wurde publiziert; alle enthielten die zwingende und unmittelbare Wirkung der Tarifnormen; in der Begründung eines Entwurfes von 1921 heißt es, über die Berechtigung der besonderen Wirkungen der Tarifnormen sei kaum noch ein Wort zu verlieren. 34) Alle diese Bemühungen um ein neues Tarifvertragsgesetz waren umsonst; die Nationalsozialisten lösten die Gewerkschaften auf; an die Stelle der Tarifverträge traten die Tarifordnungen, die im übrigen auch zwingend und unmittelbar für die Arbeitsverträge galten. 35) Nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes kehrte man nicht einfach zur Tarifvertragsverordnung zurück. Neue Entwürfe standen zwar zur Diskussion, doch erschwerten die Besatzung und die Zonenteilung einen fruchtbaren Meinungsaustausch. Zunächst kam es auch nicht zu einem einheitlichen Gesetz; in verschiedenen Landesteilen galten

32) SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. I, S. 74 ff.

33) Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, RGBl 1918, S. 1456, § 1 Abs. 1 lautet:

"Sind die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und einzelnen Arbeitgebern oder Vereinigungen von Arbeitgebern durch schriftlichen Vertrag geregelt (Tarifvertrag), so sind Arbeitsverträge zwischen den beteiligten Personen insoweit unwirksam, als sie von der tariflichen Regelung abweichen. Abweichende Vereinbarungen sind jedoch wirksam, soweit sie im Vertrag grundsätzlich zugelassen sind oder soweit sie eine Änderung zugunsten des Arbeitnehmers enthalten und im Tarifvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. An die Stelle unwirksamer Vereinbarungen treten die entsprechenden Bestimmungen des Tarifvertrages."

34) RABl. AT. 1921 S. 495.

35) § 32 Abs. 2 Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (RGBl. 1934 Teil I, S. 45).

verschiedene Gesetze. ³⁶⁾ Das heutige Bundesgesetz trat am 9. April 1949 für das vereinigte Wirtschaftsgebiet in Kraft und wurde durch Bundesgesetz auf alle Bundesgebiete mit Ausnahme von Berlin ausgedehnt. ³⁷⁾

6. Wenn auch die Frage, wer Partei des Tarifvertrags ist, mit der Einführung der Unabdingbarkeit viel an Bedeutung verloren hatte, beschäftigte sich die Wissenschaft doch immer weiter mit diesem Problem. Es würde zu weit führen, den Meinungsstreit im einzelnen hier auszubreiten. Die Vertretertheorie wurde immer mehr und schließlich fast einhellig abgelehnt; ³⁸⁾ Kombinations- und Verbandstheorie fanden zunächst gleichermaßen Anhänger. ³⁹⁾ Die Verbandstheorie setzte sich jedoch mehr und mehr durch; ⁴⁰⁾ wurden in der Zeit der Weimarer Republik noch Gegenstimmen laut, ⁴¹⁾ so war der Sieg der Verbandstheorie nach 1945 unangefochten. ⁴²⁾ Ihre Position brachte erst Ramm durch seine Untersuchung über die Parteien des Tarifvertrags bedenklich ins Wanken. Darauf werden wir noch zurückkommen!

Nach dem, was wir über die Bemühungen der Wissenschaft, das Institut des Tarifvertrags zu erfassen, dargelegt haben, drängt sich folgender allgemeiner Gedanke auf: Im Tarifvertrag ist ein Institut entstanden, das - ähnlich wie der Arbeitsvertrag - mit den individualrechtlichen Begriffen Vertretung, Verpflichtung

36) Eine Besonderheit des Tarifrechts, das in den Ländern Baden und Württemberg-Hohenzollern galt, ist hervorzuheben (für Baden: Gesetz vom 23.11.1948, GVBl. S. 215 und das im wesentlichen übereinstimmende Gesetz für Württemberg-Hohenzollern vom 25.2.1949, Reg.Bl. S. 80). Darin hatte sich der Staat ein weitgehendes Mitwirkungsrecht bei der tariflichen Regelung vorbehalten. Die Eintragung des Tarifvertrages in das Tarifregister hatte konstitutive Wirkung. Sie wurde für unzulässig erklärt, falls der Tarifvertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstieß oder sein Inhalt wichtige Interessen des Gemeinwohls auf dem Gebiete der Lohn- und Preispolitik gefährdete (§ 3 Abs. 2 der Gesetze). Das Tarifvertragsgesetz für Rheinland-Pfalz ist abgedruckt GVBl. 1949, S. 82.

37) In Berlin gilt das Gesetz vom 12.9.1950 (VOBl. S. 417).

38) Vgl. dazu RAMM, Die Parteien des Tarifvertrages, S. 43.

39) Ramm, a. a. O.

40) Zum Beispiel: HUECK, Das Recht des Tarifvertrags, S. 71; NIPPERDEY, Beiträge zum Tarifrecht, S. 147; JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 179.

41) Vgl. die Darstellung bei RAMM, a. a. O., S. 48 ff.

42) Vgl. RAMM, a. a. O., S. 58 ff.

tung, Vertrag zugunsten Dritter den Interessen der Koalitionen gemäß kaum zu erfassen ist. Das gilt auch für die Verfechter der Vertretertheorie; Kobatsch nannte zum Beispiel das Verhältnis zwischen Mitgliedern und Verband ein "neuartiges sozialrechtliches Vollmachts- und Vertretungsverhältnis", das einer "sozialen Vormundschaft" ähnele, "juristisch nicht faßbar" aber "sozialpolitische Notwendigkeit" sei. ⁴³⁾ Ramm hat am Beispiel des Streits um die Kombinationstheorie, in der Vertreter- und Verbandstheorie vereinigt sind, die rechtliche Situation folgendermaßen charakterisiert: ⁴⁴⁾ "Zivilrechtlich gesehen bildete den Kern der Diskussion um den Tarifvertrag der Streit um den Umfang der Vertretungsmacht; es ging allein darum, ob eine auf Rechtsgeschäft beruhende Vollmacht denkbar und zulässig sei, bei der sich der Vertretene "der konkurrierenden Zuständigkeit für den betreffenden Rechtsgegenstand begibt." Die arbeitsrechtliche Auseinandersetzung sei somit nur ein Unterfall der allgemeinen zivilrechtlichen Erörterung über die "verdrängende unwiderrufliche Vollmacht" gewesen. "Rechtstheoretisch gesehen", fährt Ramm fort, "ist die Auseinandersetzung um die Kombinations- oder Kumulationstheorie nichts anderes als der Streit darum, ob der Tarifvertrag als zentrale Rechtsfigur einer neuen Rechts- und Gesellschaftskonzeption mit den Mitteln der alten Rechtsordnung erfaßt werden darf, oder konkreter ausgedrückt, ob der Übergang von der individualistisch - liberalen Ordnung zur kollektivistisch-liberalen Ordnung mit individualistischen Rechtsbegriffen vollzogen werden darf. Die Anhänger der Kombinations- oder Kumulationstheorie bejahten diese Möglichkeit, ihre Kritiker verneinten sie."

Für uns heute sind die behandelten Theorien insoweit uninteressant, als es darum geht, mit ihrer Hilfe die Unabdingbarkeit zu konstruieren, denn die zwingende Wirkung ist im Tarifvertragsgesetz festgelegt. Für uns besteht aber wie damals zur Zeit vor der Tarifvertragsverordnung die rechtstheoretische Frage, wie der Tarifvertrag als "Rechtsfigur einer neuen Gesellschaftskonzeption" in unser Rechtssystem einzuordnen sei.

43) KOBATSCH, a. a. O., S. 38, 40.

44) RAMM, a. a. O., S. 42 f.

Zweiter Unterabschnitt

Der Umfang der zwingenden Wirkung nach dem Tarifvertragsgesetz

§ 5

DIE ZWINGENDE WIRKUNG DER TARIFNORMEN

1. Die zwingende Wirkung ist eine Eigenschaft der Tarifbestimmungen, die dem normativen Teil des Tarifvertrags angehören. Man unterscheidet beim Tarifvertrag zwischen einem normativen und einem obligatorischen Teil. Diese Unterscheidung liegt auch dem Tarifvertragsgesetz zugrunde. § 1 TVG bestimmt in Absatz 1 den Inhalt des Tarifvertrags folgendermaßen: "Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können." Den Teil des Tarifvertrags, der Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien regelt, bezeichnet man als den obligatorischen; den Teil, der in der Sprache des Gesetzgebers "Rechtsnormen" enthält, als den normativen Teil. ¹⁾

-
- 1) Man unterscheidet in der Literatur schon immer zwischen dem "normativen" und dem "obligatorischen" Teil des Tarifvertrages. Auch JACOBI, (Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 185 ff.) sieht zwei Teile des Tarifvertrages, will aber die "Normen" des Tarifvertrages mit "allgemeinen Arbeitsbedingungen" bezeichnet wissen. Seine Terminologie hat sich nicht durchgesetzt.

Von schuldrechtlichem und normativem Teil des Tarifvertrages sprach man schon vor der TVVO: SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. II, S. 1 ff., 4 ff., 92 ff.; DERS., Ein Arbeitstarifgesetz, S. 39, 46 ff.

Erst recht unterschied man so in der Zeit der TVVO: HUECK, Tarifrecht, S. 17 ff.; DERS., Tarifvertrag, S. 38 ff.; KASKEL, Arbeitsrecht, S. 18 ff.; DERS., Zur Lehre vom Tarifbruch, in NZfA 1922, S. 397 ff.; NIPPERDEY, Beiträge zum Tarifrecht, S. 136, 169 ff.; POTTHOFF, Die verschiedenen Normenwirkungen des Tarifvertrages, in JW 1928, S. 1644; SINZHEIMER, Grundzüge des Arbeitsrechts, S. 256 ff.

Die Literatur zum Tarifvertragsgesetz macht keinen Unterschied:

GOLDSCHMIDT, Kom. zum TVG., Anm. 6 zu § 1; FRÖHLICH, Der Tarifvertrag; HERSCHEL, Fragen des Tarifrechts, in: BABl 1950, S. 377; HUBER, II, S. 434; H.-N., II., S. 179 ff., 231 ff.; H.-N.-T., Anm. 33 ff., zu § 1 TVG; MONJAU-HEIMEIER, Kom. zum TVG, Anm. zu § 1; NIKISCH, II, S. 210.

2. Die zwingende Wirkung ist nicht die einzige Eigenschaft der Tarifnormen; wie § 4 Absatz 1 Satz 1 TVG bestimmt, gelten die Rechtsnormen des Tarifvertrags zwingend und unmittelbar. Einige Beispiele sollen das Verhältnis der beiden Eigenschaften des Tarifvertrags näher beleuchten und aufzeigen, wie sie sich gegenseitig ergänzen. Bestimmt ein Tarifvertrag einen Mehrarbeitszuschlag von dreißig Pfennigen pro Stunde, so ist die Abrede, es seien nur zwanzig zu zahlen kraft der zwingenden Wirkung unwirksam. Die Unwirksamkeit der Lohnvereinbarung hat aber nicht zur Folge, daß dadurch der ganze Arbeitsvertrag unwirksam wird! Unabhängig von dem Willen der Parteien gilt wegen der unmittelbaren Wirkung die Tarifnorm für den Arbeitsvertrag.²⁾ In diesem Beispiel kommen die zwingende und die unmittelbare Wirkung nebeneinander und gleichzeitig zur Geltung, und zwar bei Abschluß des Vertrages. Im folgenden Fall wirken die Tarifnormen auf einen bereits bestehenden Vertrag: Die Tarifparteien erhöhen den Mehrarbeitszuschlag von dreißig auf vierzig Pfennige pro Stunde. Die Arbeiter, die mit dem Arbeitgeber dreißig Pfennige vereinbart hatten, mögen jetzt getrost vierzig fordern. Die vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarung ist wegen der zwingenden Wirkung unwirksam; die Tarifnorm über den Mehrarbeitszuschlag gilt wegen der unmittelbaren Wirkung für den Arbeitsvertrag.

Die zwingende und die unmittelbare Wirkung können aber auch getrennt in Erscheinung treten. Enthält der Arbeitsvertrag keine Abrede über den Mehrarbeitszuschlag, dann gilt die entsprechende Tarifnorm dank der Unmittelbarkeit, ohne daß die zwingende Wirkung eingreift.³⁾ Verbietet dagegen der Tarifvertrag die Sonntagsarbeit, so ist eine Verpflichtung dazu unwirksam, ohne daß die unmittelbare Wirkung eingreift.⁴⁾

Die Ausführungen haben gezeigt, wie die beiden Wirkungen des Tarifvertrags zusammenspielen und ineinandergreifen. Dennoch ist es nicht gerechtfertigt, sie in eins zu werfen, und sie als Unabdingbarkeit zusammenzufassen, Sprachlich bedeutet unabdingbar soviel wie zwingend. Dann verwirrt es nur, wenn man abweichend vom Sprachgebrauch mit unabdingbar auch unmittelbar bezeichnen will. Deshalb ist im folgenden mit Unabdingbarkeit immer nur die zwingende Wirkung gemeint.⁵⁾

2) HUECK, Das Recht des Tarifvertrages, S. 84 ff.; H. -N., II., S. 389 f.; RAG Bd. 12, S. 395; Bd. 37, S. 213.

3) H. -N., II, S. 375; H. -N. -T., Anm. 26 zu § 4.

4) H. -N., II, S. 375; H. -N. -T., Anm. 27 zu § 4.

5) Das ist die Terminologie, die früher galt; JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 224; HUECK, a. a. O., S. 93; vgl. auch SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz, S. 165. Heute vertritt sie noch NIKISCH, II., S. 395; a. A., H. -N., II., S. 374; H. -N. -T., Anm. 20 zu § 4; KASKEL-DERSCH, Arbeitsrecht, S. 76.

3. Die Unabdingbarkeit ist eine Eigenschaft aller Tarifnormen, gleich ob es sich handelt um

- Inhaltsnormen,
- Beendigungsnormen,
- Abschlußnormen,
- Normen über betriebliche Fragen,
- Normen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen oder
- Normen über gemeinsame Einrichtungen.

a) Die Inhaltsnormen sind die "Rechtsnormen, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen" (§§ 1 Absatz 1; 4 Absatz 1, Satz 2 TVG). Das sind zum Beispiel die Normen über: Lohn, Mehrarbeitszuschlag, Nachtarbeit, Sonntagsarbeit, Urlaub, Pensionen usw.; nicht dazu sind zu rechnen die Normen über: Errichtung einer Pensionskasse, Erneuerung des Waschraums, Mitwirkung der Belegschaft bei Einstellung und Kündigung. Diese Normen ordnen nicht den Inhalt der Arbeitsverträge, sondern regeln die Rechtsstellung der Belegschaft oder verschaffen ihr eine Vergünstigung.

Mit der Definition, daß Inhaltsnormen die Normen sind, "die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen" ist noch nicht gesagt, ob die Koalitionen im Tarifvertrag alles festlegen können, was geeignet ist, Inhalt eines Arbeitsvertrages zu sein.⁶⁾ Geht man vom Tarifvertragsgesetz aus, so müßte man den Tarifvertragsparteien eine schrankenlose Regelungsbefugnis zugestehen. In der Rechtsprechung und Literatur sucht man aus dem Sinn und Zweck der Unabdingbarkeit zu argumentieren und von daher die Grenzen der tarifvertraglichen Vereinbarungsgewalt zu bestimmen. Mit Einzelheiten zu dieser Frage werden wir uns noch beschäftigen.

b. Da es unser Ziel ist, die Frage zu beantworten, inwieweit die Tarifunterworfenen durch die zwingende Wirkung gehindert sind, den Inhalt des Arbeitsvertrages frei zu vereinbaren, könnte man meinen, es genüge, wenn wir uns auf

6) Inhaltsnormen sind die Bestimmungen, die Inhalt eines Arbeitsvertrages sein können. Das ist eine viel bemühte Faustregel. Vgl. dazu: HUECK, Tarifrecht, S. 12, 17; H.-N., II., S. 195; JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 183 ff.; NIKISCH, II, S. 287; NIPPERDEY, Beiträge zum Tarifrecht, S. 138 ff.; SINZHEIMER, Grundzüge des Arbeitsrechts, S. 257; ähnlich auch das RAG. ArbRS. Bd. 5, S. 459; 6, S. 90; 7, S. 516; "Inhaltsnormen sind alle Regeln, die Grundlagen schaffen, von denen aus der Inhalt der Arbeitsverhältnisse ganz oder in seinen Elementen bestimmt werden kann."

die Inhaltsnormen beschränken. Diese Ansicht ist aus zwei Gründen nicht richtig: Der Gesetzgeber hat einen Teil der Normen, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen nach sachlichen Gesichtspunkten unter eine andere Gruppe der Tarifnormen eingereiht. Das zeigt sich am klarsten bei den Beendigungsnormen, also den Normen, welche "die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen." (§§ 1 Absatz 1; 4 Absatz 1, Satz 1 TVG). Obwohl alle Beendigungsnormen, da sie den Inhalt der Arbeitsverhältnisse ordnen, Inhaltsnormen sind, hat sie der Gesetzgeber, weil sie ein bestimmtes "Ereignis" des Arbeitsverhältnisses, nämlich seine Beendigung, betreffen, unter den Begriff Beendigungsnormen zusammengefaßt. 7) Die Abschlußnormen und die Normen über betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Fragen lassen sich allerdings nicht allgemein auf Inhaltsnormen zurückführen. Lediglich ein Teil dieser Normen kann - wie sich zeigen wird - Inhaltsnormen sein. Schon aus diesem Grunde müssen wir uns auch diesen Tarifnormen zuwenden. Und noch ein zweiter Grund zwingt uns dazu: Die Errichtung einer Pensionskasse, die Erneuerung des Waschraums, die Mitwirkung der Belegschaft bei Einstellung und Kündigung waren unsere Beispiele für Normen, die nicht Inhaltsnormen sind, weil sie nicht den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses ordnen. Ist es richtig, daß diese Normen die Gestaltungsfreiheit im Arbeitsvertrag nicht berühren, weil sie nicht Inhaltsnormen sind? Nein, denn alle Normen, die als Inhalt eines Arbeitsvertrages denkbar sind, können die Gestaltungsfreiheit berühren. Neben den Essentialien des Arbeitsvertrags - Versprechen von Dienstleistungen gegen Vergütung - ist jede Abrede als Vereinbarung in einem Arbeitsvertrag denkbar. Allerdings sind die meisten der denkbaren Abreden theoretische Möglichkeiten, an die kein Arbeiter denkt. Praktisch werden die Abreden in aller Regel nur, wenn es sich um Inhaltsnormen im beschriebenen Sinne handelt.

Die Abschlußnormen sind die Normen, welche den "Abschluß von Arbeitsverhältnissen ordnen" (§§ 1 Absatz 1, 4 Absatz 1 Satz 1 TVG). 8) Dazu gehören: die Formvorschriften, die Abschlußverbote und die Abschlußgebote. Als Formvorschrift könnten die Tarifvertragsparteien für den Arbeitsvertrag die Schriftform bestimmen; Mit dem Leiter eines Walzwerkes vereinbaren die Gewerkschaften als Abschlußverbot vielleicht die Einstellung von Frauen. Das am meisten vereinbarte

7) H.-N., II., S. 196.

8) H.-N., II., S. 222 f.; H.-N.-T., Anm. 45 ff. zu § 1; KOSELKE, Das neue Tarifvertragsgesetz, in: BB 1949, S. 85; MAUS-GROSS, Komm. zum TVG, Anm. 96 ff. zu § 1; MEISSINGER, Einige Grundgedanken zum neuen Tarifrecht, in: Betr. 1949, S. 623; NIKISCH, II., S. 204 ff.; NIPPERDEY, Das Tarifvertragsgesetz des vereinigten Wirtschaftsgebiets, in: RdA 1949, S. 81; REICHEL, Abschlußverbote insbes. die Begrenzung von Lehrlingen in den Betrieben, in: Betr. 1955, S. 121.

Abschlußgebot ist die sogenannte Wiedereinstellungsklausel, nach der die Arbeiter nach einer Aussperrung wiedereinzustellen sind. Dieses Abschlußgebot ist aber auch gleichzeitig Inhaltsnorm, denn die Wiedereinstellungsklausel "ordnet" den Inhalt eines Arbeitsvertrages. ⁹⁾

Die Abgrenzung zwischen Inhaltsnormen, Beendigungsnormen und Abschlußnormen ist lediglich von theoretischem Interesse. Der Gesetzgeber hätte sich diese Aufgliederung sparen können. Von großer praktischer Bedeutung ist dagegen die Abgrenzung zwischen den Normen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen und den anderen Tarifnormen. Die Normen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen gelten nach herrschender Meinung zwingend und unmittelbar für alle tarifgebundenen Betriebe, ohne Rücksicht ob der einzelne Gewerkschaftsmitglied ist oder nicht (§ 3 Absatz 2 TVG). Da wir hier nicht zu entscheiden haben, inwieweit es zulässig ist, daß die Koalitionen Tarifnormen auch für Außenseiter festsetzen können, kann der Abgrenzungstreit auf sich beruhen. ¹⁰⁾

Die Normen über betriebliche Fragen (§§ 1 Absatz 1; 4 Absatz 1 Satz 2 TVG) umfassen unbestritten die Solidarnormen. Das sind Regelungen zum Schutz und zur Fürsorge für die Belegschaft. ¹¹⁾ Insbesondere hygienische und unfallverhütende Vorschriften zählen hierher. Nach allerdings bestrittener Ansicht gehören zu den Normen über betriebliche Fragen auch die betrieblichen Ordnungsvorschriften, ¹²⁾ wie zum Beispiel: Dienstvorschriften, Vorschriften über Anwesenheits- und Torkontrolle, Rauchverbote. ¹³⁾ Die Normen der letzten Gruppe sind alle gleichzeitig Inhaltsnormen. Aber auch einige Solidarnormen lassen sich als Inhaltsnormen auffassen, zum Beispiel die Verpflichtung des Arbeitgebers,

9) H. -N., S. 210, 224 f.

10) Vgl. H. -N., II., S. 339; H. -N. -T., Anm. 3 zu § 3; dagegen ZÖLLNER, Tarifmacht und Außenseiter, in: RdA 1962, S. 453 ff.

11) HERSCHEL, Das Tarifvertragsgesetz des Vereinigten Wirtschaftsgebiets, in: Arb. Bl. 1949, S. 22 ff. (24); H. -N., II., S. 224 f.; H. -N. -T., Anm. 49 ff. zu § 1; MONJAU-HEIMEIER, Kom. zum TVG Anm. 8 zu § 1; NIKISCH, II, S. 299 ff.; NIPPERDEY, Das Tarifvertragsgesetz des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, in: RdA 1949, S. 85 ff.; ZIGAN-SABIN, Kom. zum TVG, Anm. 9 zu § 1.

12) Ablehnend WLOTZKE, Das Günstigkeitsprinzip, S. 29 f.; gegen NIKISCH, II., S. 299 f.; abwägend H. -N., II., S. 225 f.

13) HUECK, Torkontrolle und Betriebsvereinbarung, in: RdA 1950, S. 137; LAG Hannover, in: BB 1952, S. 291; HOFFMANN-WALDORF, Das Mitbestimmungsrecht beim Rauchverbot, in: RdA 1955, S. 63.

Schutzbrillen zu stellen. Dagegen ist die Verpflichtung, einen Waschraum einzurichten, nicht als Inhaltsnorm anzusehen, weil sie der ganzen Belegschaft gegenüber besteht. Normen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen (§§ 1 Absatz 1; 4 Absatz 1 Satz 2 TVG) sind zum Beispiel Regelungen des Mitbestimmungsrechts der Arbeiter und der Aufgaben des Betriebsrates. Auch betriebsverfassungsrechtliche Normen können gleichzeitig Inhaltsnormen sein, wie etwa das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Kündigung. ¹⁴⁾

Die Normen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen hatten zur Zeit, als das Tarifvertragsgesetz erlassen wurde, größere Bedeutung als heute, da es zu jener Zeit noch kein Betriebsverfassungsgesetz gab. Heute ist die Mitbestimmung in diesem Gesetz geregelt; im übrigen werden die betriebsverfassungsrechtlichen Fragen weitgehend in den Betriebsvereinbarungen geordnet. ¹⁵⁾

Zum Schluß der Bestandsaufnahme des normativen Teils ist noch eine Art von Normen zu behandeln, die der Gesetzgeber bei den Tarifnormen in § 1 TVG nicht aufgeführt hat. Das sind die Normen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien wie Lohnausgleichskassen, Erholungsheime und ähnliches mehr. Sie gehören zum normativen Teil des Tarifvertrags, weil ihnen in § 4 Absatz 2 TVG die zwingende und unmittelbare Wirkung für die Satzungen dieser Einrichtungen und das Verhältnis der Einrichtungen zu den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zugesprochen ist. ¹⁶⁾ Die Normen über gemeinsame Einrichtungen sind, da sie nicht den Inhalt der Arbeitsverhältnisse ordnen, nicht gleichzeitig Inhaltsnormen.

14) H.-N., II., S. 228 f.

15) Unbestritten haben die Tarifvertragsparteien das Recht, Normen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen zu vereinbaren, wenn es das Betriebsverfassungsgesetz ausdrücklich vorsieht. §§ 20 Abs. 3, 47 Abs. 2, 3; vgl. DIETZ, Das Monopol der Sozialpartner und die Betriebsvereinbarung, in: RdA 1955, S. 241; FABRICIUS, Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen durch Tarifvertrag, in: ZgSt Bd. 111, S. 354; HUBER, II., S. 226; HUECK, Erweiterung des Mitbestimmungsrechts durch Tarifvertrag, in: BB 1952, S. 925; WAWREITZKO, Tarifvertrag und Betriebsverfassungsgesetz, in: Berliner Wirtschaft 1953, H. 9; OCHMANN, Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, in: RdA 1950, S. 45.

16) II. S. 180, 229; H.-N.-T., Anm. 1 zu § 1, Anm. 43 zu § 4; GOLDSCHMIDT, Kom. Anm. 6, § 4.

DIE AUSNAHMEN VON DER UNABDINGBARKEIT

1. Die Normen des Tarifvertrags beherrschen den Tarifvertrag nicht uneingeschränkt. Das Tarifvertragsgesetz selbst sieht zwei Fälle vor, in denen dem Tarifvertrag abweichende Abmachungen der Tarifunterworfenen wirksam sind. Der erste Fall, den wir hier behandeln, liegt dann vor, wenn die Tarifvertragsparteien bestimmen, daß abweichende Vereinbarungen zugelassen sind (§ 4 Absatz 3 TVG). Für uns ist diese Regelung des Tarifvertragsgesetzes wichtig, weil wir hier, wie Nipperdey sagt, ein Institut haben, das die Parteien des Arbeitsvertrages aus der Gebundenheit des Tarifvertrags entläßt. ¹⁾ Um uns mit diesem Institut näher vertraut zu machen, fragen wir: welchen Sinn hat es; insbesondere welches Interesse haben die Gewerkschaften, vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen zuzulassen und damit von sich aus eine Rechtslage zu schaffen, die sie in der Zeit vor Einführung der Unabdingbarkeit bekämpften?

Ein Beispiel wird zeigen, daß es durchaus erforderlich sein kann, abweichende Abreden zu gestatten: Will ein Unternehmer einen Körperbehinderten beschäftigen, so ist es sinnvoll, wenn es die Koalitionen dem Kontrahenten des Arbeitsvertrags überlassen, die auf den Normalarbeiter zugeschnittenen Bedingungen des Tarifvertrags diesem konkreten Fall anzupassen. Es wird vielleicht angebracht sein, den Lohn für die geringeren Leistungen entsprechend niedriger zu berechnen, den Mehrarbeitszuschlag zu kürzen und ähnliches mehr. ²⁾ Im einzelnen können die Tarifvertragsparteien genau umreißen, unter welchen Voraussetzungen Abweichungen in welchem Umfang zulässig sind. Aufgaben der Gewerkschaften ist es, da das Tarifvertragsgesetz keinerlei Regel für die "Zulassungsnormen" enthält, darauf zu achten, daß nicht über eine zu weit gefaßte Zulassungsnorm die Schutzwirkung der Unabdingbarkeit gefährdet wird. Wenn es in einem Tarifvertrag hieße: in besonderen Fällen sind Abweichungen vom Tarifvertrag zulässig, dann wäre damit den Parteien des Einzelarbeitsvertrages ein zu großes Ermessen eingeräumt, das der Arbeitgeber leicht zu seinen Gunsten ausnutzen könnte.

1) H.-N., II., S. 399; vgl. dazu JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 225; NIKISCH, II., S. 414; KRONENBERG, Ausnahmen von der Unabdingbarkeit, S. 14 ff.; NIPPERDEY, Beiträge zum Tarifrecht, S. 4. Umstritten ist, ob § 4 Abs. 3 TVG eine "Ausnahme" von der Unabdingbarkeit darstellt, was JACOBI gegen KRONENBERG und NIPPERDEY verneint. Ein Streit um Worte, der auf sich beruhen mag!

2) Vgl. NIKISCH, II., S. 413.

2. a) Vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen sind nicht nur zulässig, wenn sie die Tarifparteien gestatten, sondern auch dann, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger sind als die entsprechenden Tarifnormen (§ 4 Absatz 3 TVG). Bestimmt der Tarifvertrag zum Beispiel einen Stundenlohn von drei Mark, so kann der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer einen Lohn von vier Mark pro Stunde vereinbaren. Diese Möglichkeit der Parteien des Arbeitsvertrages, zu Gunsten des Arbeitnehmers vom Tarifvertrag abzuweichen, bezeichnet man als Günstigkeitsprinzip.³⁾ Da die Tarifnormen dem wirtschaftlichen und sozialen Schutz des Arbeitnehmers dienen sollen, haben sie den Charakter von Mindestbestimmungen. Warum soll es ausgeschlossen sein, daß die Parteien des Einzelarbeitsvertrages einen höheren Lohn vereinbaren? Durch die günstigere Vereinbarung bleibt der Mindeststand, den der Tarifvertrag garantieren soll, unangetastet; die Mindestbedingungen sind in den weitergehenden Vereinbarungen des Einzelarbeitsvertrages mitenthalten. Die Unabdingbarkeit beseitigt also die Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitsvertrages nicht ganz; infolge des Günstigkeitsprinzips bleibt, wie einige Autoren sagen, ein Teil der Vertragsfreiheit erhalten.⁴⁾ Wenn aber durch das Günstigkeitsprinzip ein Teil der Vertragsfreiheit erhalten bleibt, erhebt sich die Frage, ob durch Tarifvertrag das Günstigkeitsprinzip ausgeschlossen werden kann. Anders als in der Tarifvertragsverordnung⁵⁾ läßt sich aus dem Wortlaut des Tarifvertragsgesetzes nichts dazu entnehmen. Übereinstimmend wird jedoch vertreten, daß im heutigen Tarifrecht das Günstigkeitsprinzip zwingend gilt.⁶⁾ Zur Begründung dafür geht man vom Zweck des Tarifvertrages aus.

-
- 3) Vgl. zum Günstigkeitsprinzip; BULIUS, Das Begünstigungsprinzip nach neuem Recht; HUBER, II., S. 334 ff.; H.-N., II., S. 403 ff.; FIRNHABER, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertragsrecht; KRONENBERG, a. a. O., S. 18 ff.; NIKISCH, II., S. 418 ff.; DERS., Individualismus und Kollektivismus im heutigen Arbeitsrecht, in: RdA 1953, S. 81; WLOTZKE, Das Günstigkeitsprinzip und das Verhältnis des Tarifvertrages zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung.
- 4) NIKISCH, II., S. 422; JACOBI, a. a. O., "es handelt sich nicht um eine Ausnahme von der Unabdingbarkeit, sondern um einen Vorbehalt zu Gunsten der individuellen Vertragsfreiheit der Parteien des Arbeitsvertrages."
- 5) In der Tarifvertragsverordnung war vorgesehen, daß die Tarifparteien das Günstigkeitsprinzip ausschließen können; (§ 1 TVVO).
- 6) BUTZ, Tarifrecht und Leistungsprinzip, in: BB 1949, S. 664; GOLDSCHMIDT, Kommentar zum TVG, Anm. 7 zu § 4; FIRNHABER, a. a. O., S. 20; H.-N., II., S. 174, 406; H.-N.-T., Anm. 77 zu § 4 TVG; KREIS, Die Zulässigkeit von Höchsttarbeitsbedingungen, in: RdA 1961, S. 97 ff.; MOLITOR, Höchstbegrenzung von Tarifnormen, in: BB 1957, S. 85; NIKISCH, II., S. 421; DERS., in: RdA 1953, S. 84; SIEBERT, Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Nipperdey, S. 124; WLOTZKE, a. a. O., S. 22 ff. (24); BAG in: AP Nr. 6 zu § 611 BGB "Gratifikation" Blatt 470; a. A. ZIGAN-SABIN, Kommentar zum TVG, Anm. 5 zu § 4.

Der Tarifvertrag soll, argumentiert man lediglich einen Mindeststandard sichern. Schließen die Koalitionen das Günstigkeitsprinzip aus, so setzten sie damit auch nach oben Grenzen, die nicht als Schutznormen zu Gunsten des Arbeiters zu rechtfertigen sind. 7) Wlotzke 8) gibt allerdings zu bedenken, daß der Tarifvertrag auch eine Ordnung- und Friedensfunktion habe. Er bezwecke zugleich, die Arbeitsbedingungen im Tarifbereich allgemein und einheitlich zu ordnen und für die Geltungsdauer Streitigkeiten über die Arbeitsbedingungen auszuschließen. Daraus könnte man folgern, daß es nicht unbedingt dem Wesen des Tarifvertrags widersprechen müsse, wenn die Tarifvertragsparteien günstigere Abreden verbieten. Um einer einheitlichen Regelung willen könnte auch ein Interesse an Höchstbedingungen bestehen. Wlotzke weist aber mit Recht darauf hin, daß der Tarifvertrag in erster Linie Schutzfunktion zu Gunsten des Arbeitnehmers zu sein habe. Erst in zweiter Linie diene er dem Arbeitsfrieden. Man kann hinzufügen: die Ordnungs- und Friedensfunktion ist die Folge der Schutzfunktion. Ist der Arbeitskampf durch den Tarifvertrag beigelegt, so ist durch die Mindestbedingungen für Arbeitsfrieden gesorgt. 9)

Weiterhin macht man geltend, garantiere das Grundgesetz innerhalb des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Absatz 1 GG) die Vertragsfreiheit. Wenn auch dieses Recht durch die Sozialstaatsklausel (Art. 20 Absatz 1; 28 Absatz 1 GG) beschränkt werde, so seien damit aber noch nicht tarifliche

7) NIKISCH, II., S. 420.

8) a. a. O., S. 23.

9) Gerade aus der Schutzfunktion des Tarifvertrages leitet WLOTZKE (a. a. O., S. 23) das Günstigkeitsprinzip her: "Der Tarifvertrag würde auch dann nicht seine Eigenschaft als Schutzinstitut zu Gunsten der Arbeitnehmer verlieren, wenn er die Zulässigkeit günstiger Einzelvereinbarungen ausschliesse, so daß die Tarifnormen zugleich den Charakter von Mindest- und Höchstbedingungen hätten. Der Schutzgedanke wäre hier nur wesentlich schwächer ausgeprägt als bei Tarifverträgen, die den Abschluß günstigerer Einzelvereinbarungen zulassen. Denn dem Arbeitnehmer blieben volltarifliche Arbeitsbedingungen unabdingbar gesichert; es wäre den Tarifvertragsparteien nicht gestattet, über die Tarifsätze hinaus die Arbeitsverhältnisse nach den persönlichen Leistungen und Fähigkeiten des Arbeitnehmers sowie den individuellen Bedürfnissen zu gestalten. Der soziale Schutzzweck des Tarifvertrages findet deshalb seinen stärksten Ausdruck erst darin, daß die Tarifnormen den Arbeitnehmern einerseits Mindestbedingungen gewährleisten, andererseits aber auch den individuellen Umständen des Arbeitsverhältnisses Rechnung tragen, in dem sie den Abschluß günstigerer Einzelvereinbarungen nicht hindern."

Höchstsätze, die nicht dem Schutz des Arbeiters dienen, gerechtfertigt. Die Höchstsätze verletzen die Vertragsfreiheit und damit das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. ¹⁰⁾ Der Ausschluß des Günstigkeitsprinzips unterbinde das "natürliche Streben des Arbeitnehmers durch Steigerung seiner Leistung, seine wirtschaftliche Lage zu verbessern." ¹¹⁾ Zwar sorgten die Tarifvertragsparteien in gewissem Maße für die Geltung des Leistungsprinzips, ¹²⁾ nach dem für eine geleistete Arbeit auch ein entsprechender Lohn zu entrichten ist; sie müßten aber von einer Durchschnittsleistung ausgehen, die mit einem entsprechenden Lohn vergütet werde. Das Günstigkeitsprinzip lasse es zu, eine überdurchschnittliche Leistung höher zu bewerten.

Auch die geschichtliche Entwicklung des Tarifrechts wird als Begründung dafür herangezogen, daß das Günstigkeitsprinzip nicht ausgeschlossen werden könne. Wie die Tarifvertragsverordnung erwähnte auch das Rheinland-Pfälzische Tarifvertragsgesetz ¹³⁾ die Möglichkeit, den Ausschluß des Günstigkeitsprinzips zu vereinbaren. Der Gesetzgeber hatte bei Erlaß des Tarifvertragsgesetzes die geltende Regelung des Rheinland-Pfälzischen Gesetzes vor Augen, so daß man mit einiger Berechtigung schließen könne, er sei bewußt von der früheren Rechtslage abgewichen. ¹⁴⁾ Im Rahmen dieses Paragraphen wollen wir die herrschende Meinung und ihre Begründung ohne Kritik hinnehmen. Die Frage, ob die Tarifvertragsparteien das Günstigkeitsprinzip ausschließen können, ist erst zu beantworten, wenn erwiesen ist, daß die Unabdingbarkeit - das ist die Regel, die das Günstigkeitsprinzip einschränkt - verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

b) Unabhängig davon, ob das Günstigkeitsprinzip verfassungsrechtlich garantiert ist, wollen wir im folgenden den Bereich der Gestaltungsfreiheit herausarbeiten, der durch dieses Prinzip erhalten bleibt. Es fragt sich, ob es sich bei allen Normen, die den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen und darüber hinaus auch bei den Normen, die nicht Inhaltsnormen im beschriebenen Sinne, aber doch als Abreden im Arbeitsvertrag denkbar sind, auswirkt.

10) NIKISCH, II., S. 420. H.-N., II., S. 406; vgl. auch WLOTZKE, a. a. O., S. 23 f.

11) NIKISCH, II., S. 421; WLOTZKE, a. a. O., S. 24; Nach NIKISCH sind Höchstbedingungen in vorübergehenden Ausnahmefällen gerechtfertigt; ebenso BUTZ, Tarifrrecht und Leistungsprinzip, in: Betr. 1953, S. 401.

12) Über das Leistungsprinzip ist im Tarifvertragsgesetz nichts gesagt; anders im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit §§ 29 Satz 1, 32 Abs. 2 Satz 1; vgl. zum Leistungsprinzip H.-N., II., S. 416.

13) Vgl. § 4 Abs. 1 (GVBl. 1949, S. 82).

14) H.-N., II., S. 407; H.-N.-T., Anm. 77 zu § 4; NIKISCH, II., S. 421.

Bei den Inhaltsnormen unterscheidet man zwischen negativen und positiven Inhaltsnormen. Die negativen bestimmen, was Inhalt eines Arbeitsvertrages nicht sein darf; die positiven, was Inhalt sein muß. ¹⁵⁾ Weitgehend wird die Meinung vertreten, eine Abweichung vom Tarifvertrag zugunsten des Arbeitnehmers sei nur bei den positiven Inhaltsnormen möglich. ¹⁶⁾ Die negativen enthielten nur Verbote, die gerade zum Schutz der Arbeiter geschaffen seien. Wann ist eine Norm als negative und wann als positive Inhaltsnorm anzusehen? Auf die sprachliche Fassung darf man nicht abstellen. Es läßt sich, worauf Wlotzke zutreffend hinweist, ¹⁷⁾ jede negative Inhaltsnorm als positive und umgekehrt fassen. Bestimmt der Tarifvertrag, daß Nachtarbeit verboten ist, so ist das eine negative Inhaltsnorm. Positiv formuliert würde die Norm heißen: nur in der Zeit zwischen 5 und 20 Uhr darf gearbeitet werden. Auch die Lohnregelung läßt sich positiv und negativ fassen. Einmal heißt es: es darf nicht weniger als drei Mark pro Stunde gezahlt werden; oder es muß drei Mark pro Stunde bezahlt werden. Berücksichtigt man also nur das Sprachliche, ist die Unterscheidung zwischen positiven und negativen Inhaltsnormen wenig sinnvoll.

Die Unterscheidung könnte aber vom Inhalt der Normen gerechtfertigt sein. Im ersten Beispiel ist die Alternative zur Tagarbeit die Nachtarbeit. Sie ist durch den Tarifvertrag verboten, unabhängig davon, ob man die negative oder die positive Form gewählt hat. Anders im zweiten Beispiel: es sind zwei Möglichkeiten denkbar, vom Tarifvertrag abzuweichen. Die Parteien könnten einen geringeren oder einen höheren Lohn vereinbaren wollen. Nach der herrschenden Meinung dürfen die Tarifparteien nur die Abrede eines geringeren Lohnes verhindern. Das ist in der negativen Fassung durch das "nicht weniger" ausgedrückt; in der positiven ist die Norm "es muß drei Mark gezahlt werden" durch ein "mindestens" zu ergänzen. Bei der Lohnregelung haben wir eine "Mindestnorm" vor uns. Die Arbeitszeitregelung läßt sich dagegen nicht als "Mindestnorm" formulieren. ¹⁸⁾ Das erweist: Ohne Rücksicht auf die sprachliche Fassung enthält das erste Beispiel ein Verbot (negative Inhaltsnorm), das zweite ein Gebot (positive Inhaltsnorm). Da nur von einem Gebot eine abweichende Abrede zu-

15) WLOTZKE, a.a.O., S. 26.

16) FIRNHABER, a.a.O., S. 33; H.-N., II., S. 406, Anm. 2; H.-N.-T., Anm. 72 zu § 4; KRONENBERG, a.a.O., S. 43; NIKISCH, II., S. 423; WLOTZKE, a.a.O., S. 26 f.

17) WLOTZKE, a.a.O., S. 26.

18) WLOTZKE, a.a.O., S. 27; NIKISCH, II., S. 423 f.

gunsten des Arbeitnehmers denkbar ist, ¹⁹⁾ ist die obige These, nur von positiven Inhaltsnormen könne zugunsten des Arbeiters abgewichen werden, bestätigt.

Da wir festgestellt haben, daß auch die Tarifnormen, die nicht Inhaltsnormen sind, die Gestaltungsfreiheit des einzelnen einschränken können, müssen wir auch überlegen, ob sich das Günstigkeitsprinzip auch hinsichtlich dieser Normen auswirkt. Obwohl das Günstigkeitsprinzip bei Tarifnormen, welche die gesamte Belegschaft betreffen, vor allem für die Vereinbarung von Betriebsvereinbarungen Bedeutung hat, ²⁰⁾ ist es denkbar, auch im Arbeitsvertrag vom Tarifvertrag abweichende günstigere Abreden festzulegen.

c) Wenn die Parteien des Einzelarbeitsvertrages eine vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarung getroffen haben, ist es nicht immer leicht zu entscheiden, ob das, was sie vereinbart haben, für den Arbeitnehmer günstiger ist als die Bedingungen des Tarifvertrags. ²¹⁾ Ist für einen Arbeitslosen die Beschäftigung für einen Lohn, der unter dem Tariflohn liegt, nicht günstiger als weiter zu hungern? Niemand wird bezweifeln, daß es günstiger ist. Dennoch melden sich Bedenken dagegen an, deshalb die Vereinbarung des untertariflichen Lohnes als gültig anzusehen. Auf diese Weise wäre es möglich, die zwingende Wirkung der Lohnbestimmungen zu umgehen. Der Sinn der Unabdingbarkeit besteht aber gerade darin, auch in konjunkturschwachen Zeiten die Mindestarbeitsbedingungen zu garantieren. Mit dieser Begründung wird es auch einhellig abgelehnt, eine untertarifliche Bezahlung als erlaubt anzusehen, weil sie für den Arbeiter günstiger sei. ²²⁾

19) Zu Unrecht glaubt WLOTZKE, (a. a. O., S. 27) eine Einschränkung machen zu müssen. Er meint, es seien tarifliche Lohnvorschriften denkbar, nach denen nur 30% aller Arbeitnehmer Leistungszulagen erhalten dürfen. Das sei eine negative Inhaltsnorm, sie verbiete die Leistungszulagen an die anderen 70%. Diese Tarifvertragsbestimmung ist aber in Wirklichkeit eine Höchstbedingung, durch die das Günstigkeitsprinzip ausgeschlossen werden soll. Damit kann es gar nicht zu der Frage kommen, ob von dieser negativen Inhaltsnorm eine Abrede zugunsten des Arbeitnehmers denkbar ist (vgl. dazu auch NIKISCH, II., S. 424).

20) Vgl. WLOTZKE, a. a. O., S. 28 f.

21) Die Frage, nach welchen Grundsätzen die Günstigkeit zu beurteilen ist, ist schon seit jeher Gegenstand der Auseinandersetzung gewesen. Schon vor der Tarifvertragsverordnung wurde dieses Problem diskutiert: die Lehre forderte, es sei Aufgabe des Gesetzgebers, zu bestimmen, wann im Einzelfall eine Abmachung günstiger sei. Vgl. SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz, S. 144.

22) Vgl. KRONENBERG, a. a. O., S. 27; NIKISCH, II., S. 430; WLOTZKE, S. 73.

Will man also wissen, ob der Vertrag mit dem Arbeitgeber günstigere Bedingungen enthält als der Tarifvertrag, dann hat man die wirtschaftliche Lage des Arbeitnehmers bei einem Vergleich unberücksichtigt zu lassen. Günstiger kann eine Vereinbarung immer nur im Hinblick auf den Tarifvertrag sein! Aber auch bei einem Vergleich zwischen den Sonderabreden und den Kollektivbestimmungen können noch mancherlei Zweifel auftreten. Ist das Gesamtinteresse der Arbeiterschaft oder das Interesse des einzelnen maßgebend? Da das Günstigkeitsprinzip "individualrechtlichen Charakter" trägt,²³⁾ stellt man heute allgemein auf das Wohl des Arbeiters ab.²⁴⁾

23) WLOTZKE, a.a.O., S. 77.

24) Das Gesamtinteresse der Arbeitnehmerschaft im Tarifbereich wollen berücksichtigen wissen die Vertreter der älteren Literatur: JACOBI, Die Grund-
 lehren des Arbeitsrechts, S. 233; HUECK, Das Recht des Arbeitsvertrages,
 S. 118 f.; DERS., Tarifrecht, S. 60; KASKEL, Arbeitsrecht, 3. Auflage,
 S. 38. Heute sprechen sich die meisten dafür aus, das Interesse des Ar-
 beitnehmers zu berücksichtigen; FIRNHABER, Das Günstigkeitsprinzip im
 Tarifvertragsrecht, S. 64 f.; H.-N., II., S. 431; H.-N.-T., Anm. 89
 zu § 4; KASKEL-DERSCH, Arbeitsrecht, S. 82; NIKISCH, II., S. 431;
 WLOTZKE, Das Günstigkeitsprinzip, S. 76; a.A. MONJAU-HEIMEIER,
 Kommentar zum TVG, Anm. 8 zu § 4; GOLDSCHMIDT, Kommentar zum
 TVG, Anm. 7 b zu § 4.

ZWEITER ABSCHNITT DIE TARIFVERTRAGSTHEORIEN

§ 7

DIE RECHTSNATUR DES TARIFVERTRAGS UND ÜBERBLICK ÜBER DIE TARIFVERTRAGSTHEORIEN

Die folgenden Paragraphen sollen einen Überblick darüber verschaffen, wie Rechtsprechung und Lehre den Tarifvertrag und insbesondere die Wirkungen der Tarifnormen rechtlich erklären. Die erste Frage, die nach jeder Theorie gestellt wird, ist die nach der Rechtsnatur des Tarifvertrags. Eine Untersuchung darüber hat von § 1 Absatz 1 TVG auszugehen, worin es heißt: "Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können". Soweit der Tarifvertrag Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien regelt, ist er ein Vertrag, der keine Besonderheiten aufweist und sich ohne Schwierigkeiten rechtlich einordnen läßt. Anders ist es, soweit der Tarifvertrag Rechtsnormen enthält. Für den Bereich des bürgerlichen Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch ist gesagt, daß unter Gesetz jede Rechtsnorm zu verstehen ist.¹⁾ Daraus kann man zwar nicht umgekehrt folgern, daß jede Rechtsnorm auch Gesetz ist; eine Norm des Gewohnheitsrechts ist sicherlich eine Rechtsnorm, aber kein Gesetz. Gerechtfertigt könnte aber der Schluß sein, daß jede Rechtsnorm, weil sie mit dem Gesetz gleichgestellt wird, zum objektiven Recht zu zählen ist. Die erwähnte Gesetzesdefinition gilt jedoch nicht zwingend für das Tarifvertragsgesetz, sie kann uns aber als Indiz dafür dienen, daß Rechtsnormen auch außerhalb des bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes die Eigenschaften des Gesetzes teilen. Geht man davon aus, daß der Begriff "Rechtsnormen" in der ganzen Rechtsordnung einheitlich ist, dann ist es immer noch zweifelhaft, ob allein deshalb, weil der Gesetzgeber von den Tarifnormen als Rechtsnormen spricht - wie es nicht nur in § 1 Absatz 1 TVG sondern auch in den §§ 3 Absatz 2, 4 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 5 TVG geschehen ist - der normative Teil des Tarifvertrags als ein Gesetz im materiellen Sinn anzusehen ist.²⁾ Entweder die Tarifnormen haben die Eigenschaften, die Rechtsnormen zukommen, dann sind sie es, ohne daß eine Qualifikation des Gesetzgebers notwendig wäre, oder aber sie haben die

-
- 1) Art. 2 des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGBl. S. 604).
 - 2) Ähnliche Bestimmungen finden sich in manchen Länderverfassungen. Z. B. Art. 50 Abs. 2 der Verfassung von Bremen und Art. 29 Abs. 2 der hessischen Verfassung.

Eigenschaften nicht, dann ist zu prüfen, ob sie durch den Akt des Gesetzgebers zu Rechtsnormen werden können. ³⁾ Das ist ein Problem, das erst dann zu behandeln ist, wenn die Untersuchung ergeben sollte, daß die Tarifnormen nicht die Eigenschaften von Rechtsnormen haben. Daraus erhellt, daß der Tarifvertrag zunächst von seinen Wirkungen her zu beurteilen ist. Deshalb ist es auch gerechtfertigt, in den folgenden Kapiteln die Theorien aus der Zeit der Tarifvertragsverordnung heranzuziehen, in der die Tarifnormen nicht als Rechtsnormen qualifiziert waren, aber die gleichen Wirkungen hatten.

Die vorstehenden Überlegungen lassen bereits erkennen, daß sich die Tarifvertragstheorien danach unterscheiden lassen, ob ihre Vertreter die Tarifnormen als Recht im objektiven Sinn ansehen oder nicht. Die Theorien, nach denen der Tarifvertrag in seinem normativen Teil nicht Gesetz im materiellen Sinn ist, werden uns im ersten Unterabschnitt beschäftigen. Im zweiten Unterabschnitt werden wir uns den Theorien zuwenden, nach denen die Tarifnormen Rechtsnormen sind, wobei angenommen wird, daß die Rechtsetzungsmacht dem eigenen Recht der Tarifvertragsparteien entspringt. Im dritten Unterabschnitt schließlich werden wir die Theorien kennenlernen, nach denen die Tarifnormen auch Normen des objektiven Rechts sind; die Rechtsetzungsbefugnis den Tarifvertragsparteien aber vom Staat delegiert ist.

Erster Unterabschnitt

Die Theorien der Fortbildung des Privatrechts

§ 8

DER TARIFVERTRAG ALS KOLLEKTIVER SCHULDVERTRAG

1. Mit der Lehre vom Tarifvertrag als einem kollektiven Schuldvertrag hat Jacobi - unter der Geltung der Tarifvertragsverordnung - die Frage zu beantworten versucht, wie die zwingende Wirkung der Tarifnormen zu erklären ist. ¹⁾

a) Jacobis Tarifvertragstheorie gründet sich auf eine Vorstellung vom Begriff des objektiven Rechts, die wir zunächst kennenlernen müssen: Der "Rechtssatz",

3) M.-D., Anm. 116 zu Art. 1; HAMANN, Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, S. 16, zur Selbstqualifikation von Staatsakten.

1) JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 272 ff.; wegen der weniger bedeutenden Vorbilder JACOBIS vgl. a. a. O., S. 274 Anm. 62.

das heißt, der Satz des objektiven Rechts ist definiert als "eine nach allgemeinen Merkmalen erfolgende, für den Einzelfall verbindliche Ordnung äußerer menschlicher Beziehungen mit einer von freiwilliger Unterwerfung unabhängigen, selbstherrlichen Geltungskraft". ²⁾ Selbstherrlich gilt das staatliche Recht, es entfaltet unabhängig vom Willen der Staatsbürger seine Wirkungen. Selbstherrlich gilt nicht die rechtsgeschäftliche Satzung: ihre Geltung "beruht auf dem Rechtssatz, der seinerseits die entsprechende Rechtswirkung deswegen eintreten läßt, weil sie dem Willen der Beteiligten entspricht - Typus des Rechtsgeschäfts, des rechtsunterstellten Wollens, wobei unter Rechtsgeschäft ein Tatbestand verstanden wird, an den ein Rechtssatz die Wirkung der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen gemäß der Parteiwillenserklärung knüpft. Die rechtsgeschäftlichen Satzungen gelten nicht als Rechtssätze, als Teil der Rechtsordnung, sondern in Gemäßheit von Rechtssätzen, gemäß der Rechtsordnung." ³⁾

b) Die Theorie vom kollektiven Schuldvertrag baut auf dieser Unterscheidung zwischen selbstherrlich geltenden und nicht selbstherrlich geltenden Normen auf. Zu den Tarifnormen führt Jacobi folgendes aus: "Wenn .. der einzelne Arbeitgeber oder Arbeitnehmer durch Willenserklärung einem Verband beitrifft, dem die Wahrnehmung der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen mit Bezug auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen obliegt oder der sich später durch für die Mitglieder verbindlichen Beschluß diese Aufgabe setzt, wenn weiter dieser Verband entsprechend seiner Zuständigkeit nunmehr einen Tarifvertrag abschließt, so kann man die Geltung der in dem Tarifvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen für den einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer nicht als unabhängig von seinem Willen eintretend bezeichnen. Der einzelne hat seinen Willen, sich unter die Arbeitsbedingungen des Tarifvertrages zu stellen, durch Eintritt in den tariffähigen Verband ... bekundet. Er findet insofern in dem, was der Verband für ihn vereinbart, seinen eigenen Willen wieder." ⁴⁾ Daraus folgert Jacobi: "Die allgemeinen Arbeitsbedingungen erfüllen nicht den Tatbestand des selbstherrlich verbindlichen Wollens, des Rechtssatzes, sondern den des rechtsunterstellten Wollens, des Rechtsgeschäfts." ⁵⁾ Der Gesetzgeber mußte aber die Unabdingbarkeit durch Gesetz einführen, denn "der Rechtssatz des § 1 Tarifvertragsverordnung läßt die von den Parteien gewollte Rechtswirkung deswegen, weil sie von den Parteien gewollt ist, eintreten, nur daß hier dem Willen des Individuums das zugerechnet wird, was der Verband innerhalb seiner Zuständigkeit für die Einzelarbeitsverträge des Individuums vereinbart hat."

2) a. a. O., S. 76.

3) a. a. O., S. 77.

4) a. a. O., S. 273.

5) a. a. O., S. 274.

Jacobi verdeutlicht das Verhältnis zwischen Einzel- und Verbandswille: "Gewiß ist der Verbandswille nicht mit den Einzelwillen der Mitglieder zu identifizieren, ist der Verbandswille nicht die Summe dieser Einzelwillen. Aber andererseits stehen die Individualwillen der Verbandsmitglieder dem Verbandswillen innerhalb seiner auf die Individuen bezüglichen Zuständigkeit nicht so fremd gegenüber, wie dem Willen einer dritten Person. Dem trägt das Recht in der gesetzlichen Anerkennung der unmittelbaren und unabdingbaren Rechtswirkung der allgemeinen Arbeitsbedingungen des Tarifvertrages zum ersten Male Rechnung. Jetzt bestimmt § 1 Tarifvertragsverordnung entsprechend der gewachsenen Bedeutung der Verbände für das Wirtschaftsleben zum ersten Mal, daß unter bestimmten Voraussetzungen und innerhalb gewisser Grenzen die Verbands-erklärung für das Individuum maßgeblich ist." ⁶⁾

c) Da der Tarifvertrag, auch soweit er allgemeine Arbeitsbedingungen enthält, nur Rechtsgeschäft ist, ist es nicht mehr gerechtfertigt, ihn in zwei verschiedene Teile, den obligatorischen und den normativen zu zerlegen. ⁷⁾ "Der gesamte Inhalt des Vertrages bildet eine Einheit. . . Der Vertrag gehört, da er schuldrechtliche Verpflichtungen, sei es der Verbände, sei es der Verbandsmitglieder, zum Gegenstand hat, in die Gruppe der schuldrechtlichen Verträge, bedeutet aber innerhalb dieser eine neue Art, die Willenserklärungen der Verbände für die Verbandsmitglieder rechtswirksam werden läßt." ⁸⁾ Diesen neuen Vertragstypus nennt Jacobi "kollektiven Schuldvertrag". Er gehört dem Verbands- oder Sozialrecht an, ⁹⁾ das, wie Jacobi ausdrücklich hervorhebt, ¹⁰⁾ weder öffentliches noch ein Zwischenrecht zwischen öffentlichem und Privatrecht sondern Teil des Privatrechts ist. Diese Ansicht ist konsequent, nachdem Jacobi den Rechtsnormencharakter der Tarifnormen abgelehnt und die zwingende Wirkung als Fortentwicklung des Individualrechts durch den Gesetzgeber gedeutet hat.

Das sind die Grundgedanken der Tarifvertragstheorie Jacobis. Jacobi hat seiner Lehre eine umfassende Kritik der anderen Tarifvertragstheorien seiner Zeit vorausgeschickt, auf die wir in der weiteren Untersuchung zurückkommen werden. Auf eines sei aber bereits hier zum besseren Verständnis der Lehre vom kollektiven Schuldvertrag hingewiesen: Für Jacobi ist es undenkbar, daß Subjekte des Privatrechts - dafür nimmt er Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände - befugt

6) a. a. O., S. 275.

7) a. a. O., S. 276.

8) a. a. O., S. 277.

9) a. a. O., S. 283 f.

10) a. a. O., S. 383 f.; 423 f.

sein sollen, objektives Recht zu setzen. Das Ineinanderfließen von Rechtsnorm und Rechtsgeschäft erinnere nicht nur an die "Einartigkeit" des Rechts im Mittelalter sondern auch an die Situation der Staatsgewalt im Mittelalter: "Denn das deutsche Mittelalter ist eine Zeit ausgesprochener Schwäche der Staatsgewalt, und es bedeutet den Niederschlag eines stärkeren Staatsgedankens, wenn mit Beginn der Neuzeit der Staat, der die Herrschaftsmacht auf sich konzentriert, besondere Rechtsformen für die Rechtsverhältnisse entwickelt, in die er selbst oder ein ihm untergeordneter Träger öffentlicher Gewalt tritt und damit die Scheidung von privatem und öffentlichem Recht hervorruft. Werden jetzt noch Rechtsgeschäft und Rechtsquelle, privates und öffentliches Recht vermengt, so handelt es sich entweder um Rückfälle in Anschauungen, die einer vergangenen Epoche der deutschen Staatsentwicklung entsprechen und deshalb abzulehnen sind, oder um ein Bekenntnis zu der Anschauung, daß Staatsgedanke und Staatsgewalt heute wieder ähnlich abgeschwächt seien, wie im Mittelalter." ¹¹⁾

2. Die Lehre vom kollektiven Schuldvertrag fand bereits in der Zeit der Tarifvertragsverordnung kaum Anhänger. ¹²⁾ In gleichem Maße wird sie heute allgemein, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung, abgelehnt. ¹³⁾ Die moderne Kritik an der Lehre vom kollektiven Schuldvertrag beschränkt sich auf formalistische Argumente, ohne Jacobi in den wesentlichen Aussagen zu entkräften. Aus der Widerlegung dieser Argumente wird noch einmal deutlich, daß die Lehre Jacobis auch für das Tarifvertragsgesetz Bedeutung haben könnte. Deshalb sei diese Kritik und ihre Zurückweisung hier vorweggenommen.

a) Man versucht aus einigen Bestimmungen des Tarifvertragsgesetzes, die keine Entsprechungen in der Tarifvertragsverordnung hatten, zu folgern, daß sich der Gesetzgeber des Tarifvertragsgesetzes gegen die Lehre Jacobis entschieden hat.

11) a.a.O., S. 270.

12) Vgl. die Besprechungen zu JACOBIS, Grundlehren des Arbeitsrechts, KRELLER, in: AcP NF Bd. 9, S. 112 ff.; HUECK, in: AÖR NF Bd. 14, S. 465 ff.; SINZHEIMER, Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts, in: RG Praxis Bd. 4, S. 1 ff.; SILBERSCHMIDT, Zwei Grundlegungen des Arbeitsrechts, in: ArchfRuSozPhil Bd. 22, S. 162; und HEDEMANN, in: VA 1927, S. 472; ferner: HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. u. 2. Aufl., S. 120, Anm. 22 ff.; TARTARIN-TARNHEYDEN, Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie S. 45 ff.

13) HUBER, II., S. 427; H.-N., II., S. 264 Anm. 22 ff.; NIKISCH, II., S. 215.

Für einen solchen Schluß bieten sich vor allem die Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes an, in denen die Tarifnormen als Rechtsnormen bezeichnet sind. Diese Bestimmungen werden dementsprechend auch reichlich bemüht, um mit ihrer Hilfe die Ablehnung der Theorie Jacobis zu begründen.¹⁴⁾ Wie wenig überzeugend es ist, aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber von den Tarifnormen als Rechtsnormen spricht, ohne weitere Überlegungen die Gesetzeseseigenschaft zu entnehmen, haben wir im Überblick über die Tarifvertragstheorien schon hervorgehoben.

b) Ein gewichtiges Argument könnte sich aus § 3 Absatz 2 TVG ableiten lassen. Die herrschende Meinung entnimmt dieser Bestimmung, daß die Rechtsnormen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen für alle Betriebe gelten, deren Arbeitgeber tarifgebunden sind.¹⁵⁾ Das Gesetz stelle also - so argumentieren Huber und Nikisch - für die Geltung der Tarifvertragsbestimmungen nicht auf die Zugehörigkeit zu einem Tarifverband ab. Deshalb seien Rechtsnatur und Unabdingbarkeit des Tarifvertrags nach dem Tarifvertragsgesetz mit Hilfe der Theorie vom kollektiven Schuldvertrag nicht zu erklären.

Es ist richtig, daß die Geltung von Tarifnormen für Außenseiter mit der Theorie Jacobis nicht zu vereinbaren ist. Das hat Jacobi selbst für eine dem § 3 Absatz 2 TVG entsprechende Bestimmung eines Entwurfs zu einem Tarifvertragsgesetz, das die Tarifvertragsverordnung ablösen sollte, ausgesprochen.¹⁶⁾ Da es sich nur um die Bestimmung eines Entwurfs handelte, konnte er sich damit begnügen, sie als "bedenklich" zu bezeichnen. Wir können uns nicht damit zufrieden geben, § 3 Absatz 2 TVG als "bedenklich" anzusehen und es im übrigen bei der Lehre Jacobis zu belassen. Wir wollen aber ebensowenig auf Grund dieser Bestimmung folgern, daß die Theorie vom kollektiven Schuldvertrag den Tarifvertrag nach dem Tarifvertragsgesetz nicht zu erklären vermag. Auch nach dem Tarifvertragsgesetz gelten die Tarifnormen in der Regel nur für die Mitglieder der vertragsschließenden Verbände. Die Geltung für Außenseiter ohne Allgemeinverbindlichkeitserklärung ist die Ausnahme. Ein Rückschluß von der Ausnahme auf den Regelfall ist wenig überzeugend. Es könnte sich zum Beispiel aus verfassungsrechtlichen Gründen ergeben, daß die zwingende Wirkung nur Mitgliedern gegenüber zulässig ist, und § 3 Absatz 2 TVG gegen die Verfassung verstößt. Außerdem: selbst wenn die fragliche Bestimmung mit dem Grundgesetz vereinbar wäre, könnte die zwingende Wirkung Mitgliedern gegenüber

14) HUBER, a. a. O.; H.-N., a. a. O.

15) HUBER, II., S. 427; NIKISCH, II., S. 215.

16) JACOBI, a. a. O., S. 273 f. (Anm. 61).

einen anderen Geltungsgrund haben als Nichtmitgliedern gegenüber. Aus § 3 Absatz 2 TVG läßt sich also nichts zur Widerlegung der Theorie vom kollektiven Schuldvertrag ableiten.

c) Bogs glaubt aus § 2 Absatz 3 TVG entnehmen zu können, daß der Gesetzgeber des Tarifvertragsgesetzes gegen Jacobis Lehre entschieden hat.¹⁷⁾ Nach dieser Bestimmung können die sogenannten Spitzenorganisationen, - das sind Zusammenschlüsse von Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgeberverbänden -, Tarifvertragsparteien sein. Wenn ein Tarifvertrag von diesen Spitzenverbänden geschlossen werde, argumentiert Bogs, dann könne man nicht mehr sagen, daß die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers zum Verband die Ursache für die Verbindlichkeit der Arbeitsbedingungen sei. Treten Spitzenverbände als Parteien eines Tarifvertrags auf, fehle die unmittelbare Beziehung zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und diesem Verband.

Man wird zugeben müssen, daß Schwierigkeiten bestehen, § 2 Absatz 3 TVG mit Jacobis Lehre zu erklären. Ob allerdings die Argumentation von Bogs geeignet ist, die Lehre Jacobis zu widerlegen, erscheint ebenso, wie bei dem Schluß aus § 3 Absatz 2 TVG, zweifelhaft. Zunächst könnte man dieser Ansicht durchaus entgegen, daß die Vereinbarungen der Spitzenverbände, obwohl eine unmittelbare Beziehung zwischen dem Spitzenverband und den Mitgliedern der ihn konstituierenden Verbände fehlt, sich dennoch auf den Willen der Mitglieder zurückführen läßt. Denn die einzelnen Verbände gehören dem Spitzenverband nur deshalb an, weil die Mitglieder der einzelnen Verbände es wollen. Im übrigen gilt für die Argumentation von Bogs entsprechend das zu den Überlegungen von Huber, Nikisch und Nipperdey zu § 3 Absatz 2 TVG Gesagte. Der Schluß von einer Ausnahme auf den Regelfall ist wenig überzeugend!

3. Die Versuche, aus einzelnen Bestimmungen des Tarifvertragsgesetzes Argumente gegen die Theorie Jacobis herzuleiten, sind lediglich darauf gerichtet, nachzuweisen, daß die Theorie Jacobis ungeeignet ist, den Tarifvertrag, wie er durch das Tarifvertragsgesetz gestaltet ist, zu erklären. Den Grundgedanken der Jacobischen Theorie lassen die zitierten Autoren unangefochten. Anders ist es mit dem folgenden Argument, das Huber¹⁸⁾ und Nipperdey¹⁹⁾ gegen Jacobi ins Feld führen. Sie meinen, Jacobi folgere die Unterwerfung der Verbandsmitglieder

17) BOGS, Zur Entwicklung der Rechtsform des Tarifvertrages, in: Festschrift für Julius v. GIERKE, S. 53 f.; wie BOGS auch NIKISCH, II., S. 215.

18) HUBER, II., S. 426.

19) H.-N., II., S. 265, Anm. 23.

aus einer fingierten Vollmacht, welche die Mitglieder den Verbänden durch ihren Beitritt erteilen. Zu dieser Annahme sehen sich Huber und Nipperdey veranlaßt, weil es bei Jacobi heißt: "Der einzelne findet in dem, was der Verband für ihn vereinbart hat, seinen eigenen Willen wieder." Damit bedient sich Jacobi fast der gleichen Worte, um die Unabdingbarkeit zu erklären, wie sie Lotmar gebrauchte, um die Unabdingbarkeit, als sie noch nicht gesetzlich geregelt war, aus dem Wesen des Tarifvertrags zu begründen. Der einzelne kann nur deshalb in dem, was der Verband für ihn vereinbart hat, seinen Willen wieder finden, weil er sich durch seinen Beitritt dem Willen des Verbandes unterstellt hat. "Wiederfinden" läßt auf eine Konstruktion mit Hilfe des Instituts der Vertretung schließen, weil man wiederfinden nur das kann, was man irgendwo hingetan oder gelassen hat. Allerdings ist Jacobis Lehre, - das stellen Huber und Nipperdey nicht deutlich heraus - keineswegs eine simple Neuauflage der Vertretertheorie. Das zeigt sich dann, wenn Jacobi von der Bedeutung der Unabdingbarkeit handelt, wie sie durch § 1 der Tarifvertragsverordnung eingeführt wurde: "§ 1 TVVO hat" - sagt Jacobi - "den Mangel eines bürgerlich-echtlichen Repräsentationsbegriffs, der über die Vertretung der §§ 164 ff. BGB hinausgeht", behoben.²⁰⁾ Das heißt: nach den Regeln der Stellvertretung hat der Wille des Bevollmächtigten nicht den Vorrang vor dem Willen des Vollmachtgebers. Dieser Mangel ist durch die Unabdingbarkeit beseitigt. Damit ist Jacobis "Stellvertretung" eine neue Art der Stellvertretung, die es im Privatrecht noch nicht gegeben hat. Es handelt sich um eine Stellvertretung, die einer solchen aufgrund der verdrängenden unwiderruflichen Vollmacht nahe steht. Die Kritik an der Theorie Jacobis hat hier einzusetzen und zu fragen, inwieweit die Annahme einer solchen erweiterten Stellvertretung geschaffen durch den Gesetzgeber denkbar ist. Darauf werden wir später bei der zusammenfassenden Kritik der Tarifvertragstheorien noch zurückkommen.

20) JACOBI, a. a. O., S. 274, Anm. 63 unter Berufung auf KAHN-FREUND.

DER TARIFVERTRAG NACH DER THEORIE DER SOZIALEN VORMUNDSCHAFT

1. In jüngster Zeit hat Ramm den Tarifvertrag in ähnlicher Weise wie Jacobi gedeutet.¹⁾ Nach Ramms Ansicht hat es keinerlei Bedeutung, daß der Gesetzgeber im Tarifvertragsgesetz die Tarifnormen als Rechtsnormen deklariert hat. Der Gesetzgeber könne zwar, führt Ramm aus, die unmittelbare und zwingende Geltung der Tarifvertragsnormen vorschreiben und ihnen somit eine rechtsnormen-ähnliche Wirkung verleihen, er könne sie aber nicht zu Rechtsnormen machen.²⁾ Mit der Qualifikation der Tarifnormen als Rechtsnormen habe der Gesetzgeber seine Zuständigkeit überschritten. Man sei an sie ebensowenig gebunden, wie wenn der Gesetzgeber "in einem Gesetz eine Eule als Säugetier oder das Gravitationsgesetz als Teil der goldenen Bulle bezeichnete."³⁾ Aber auch aus den Wirkungen der Tarifnormen folgert Ramm nicht, daß sie Rechtsnormen, das heißt Sätze des objektiven Rechts, sind. Vielmehr ergebe sich aus den Regelungen des Tarifvertragsgesetzes "der zwingende Schluß, daß die sogenannten Normen in einem solchen Maße als Ausdruck des Willens der sozialen Gegenspieler aufgefaßt werden, daß es als selbstverständlich erscheint, sie ihnen und nicht dem Staate rechtstheoretisch zuzuordnen."⁴⁾ Zur Begründung verweist Ramm darauf, daß Geltungsdauer - sie hängt grundsätzlich von der Laufzeit des Tarifvertrags ab - und Umfang der Geltung - die Tarifvertragsparteien können abweichende Vereinbarungen zulassen (§ 4 Absatz 3 TVG) - vom Willen der Tarifvertragsparteien abhängen. Auch auf § 4 Absatz 4 TVG beruft sich Ramm, nach dem die Tarifvertragsparteien bestimmen können, in welchem Ausmaß die Unabdingbarkeit erweitert werden soll: ihnen ist vorbehalten, den Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte in einem Vergleich zu billigen; nur sie können Ausschußfristen für die Geltendmachung der tariflichen Rechte festsetzen.⁵⁾ Außerdem sei das Günstigkeitsprinzip, mit der bisherigen Auffassung darüber, was eine Rechtsnorm ausmache, unvereinbar. Die Geltungskraft der Rechtsnorm sei einheitlich, entweder zwingend oder dispositiv. Die Tarifnorm habe aber wegen des Günstigkeitsprinzips beide Wirkungen: zwingend sei sie, soweit sich die vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarung für den Arbeiter ungünstig auswirke, dispositiv, soweit man zugunsten des Arbeiters vom Tarifvertrag abgehe.⁶⁾

-
- 1) RAMM, Die Parteien des Tarifvertrags, S. 84 ff.; DERS., Die Rechtsnatur des Tarifvertrags, in: JZ 1962, S. 76 ff.
 2) a.a.O., S. 1 f., 84, 85.
 3) a.a.O., JZ, S. 81.
 4) a.a.O., S. 85.
 5) a.a.O., S. 85.
 6) a.a.O., S. 85 f.

2. Während Jacobi die Frage, wer Partei des Tarifvertrags sei, mit wenigen Sätzen entschieden im Sinne der Verbandstheorie beantwortete, ⁷⁾ operierte er, um die Rechtsnatur des Tarifvertrags zu erklären, mit Vorstellungen, die, wie Huber und Nipperdey zutreffend herausgestellt haben, an die Vertretertheorie erinnern. Dabei hat er nicht dargetan, wie sich die Verbandstheorie mit dieser Deutung des Tarifvertrags verträgt. Anders Ramm: Er stellt neu die Frage, wer ist Partei des Tarifvertrags? Er beantwortete sie mit der Differenzierungstheorie, so genannt, weil Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite unterschiedlich behandelt werden. ⁸⁾

Was besagt die Differenzierungstheorie? ⁹⁾ Ausgangspunkt ist § 2 Absatz 1 TVG, wonach die Gewerkschaften, die einzelnen Arbeitgeber und die Vereinigungen von Arbeitgebern Tarifvertragsparteien sein können. Obwohl diese Regelung nicht neu ist - auch die Tarifvertragsverordnung kannte wie heute das Tarifvertragsgesetz den Verbands- und den Firmentarifvertrag - bringt sie etwas zum Ausdruck, was in der Diskussion über die Frage, wer Partei des Tarifvertrags sei, zu wenig berücksichtigt wurde. Nicht nur Arbeitgeberverband und Gewerkschaft sind als gleichwertige Partner anerkannt, sondern auch die einzelnen Arbeitgeber und die Gewerkschaft. ¹⁰⁾ Dadurch müßte man schon davor gewarnt sein, im Falle eines Verbandstarifs Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverband gleich zu behandeln, wie es nach der Verbandstheorie zu geschehen hätte. Die Gleichwertigkeit des einzelnen Arbeitgebers und der Gewerkschaft zeigt sich deutlich beim Arbeitskampf: Der Streik ist nur dann ein legales Kampfmittel, wenn die Gewerkschaft dazu aufruft; andernfalls ist er ein wilder, das heißt ein von vornherein rechtswidriger Streik. Eine rechtswidrige "wilde" Aussperrung gibt es dagegen nicht, weil jeder Arbeitgeber arbeitskampffähig ist. ¹¹⁾

Der Grund für die Gleichwertigkeit von Arbeitgeber und Gewerkschaft ist darin zu suchen, daß nur die Arbeitnehmer gezwungen sind, sich zusammenzuschließen, weil sie wirtschaftlich zu schwach sind. Diese Tatsache hat der Gesetzgeber des Tarifvertragsgesetzes im Günstigkeitsprinzip zum Ausdruck gebracht: was für den Arbeiter günstiger ist, ist ein Verlust für den Arbeitgeber. Der Gesetzgeber traut dem Arbeitgeber aber zu, daß er allein in der Lage ist, unversäumte Forderungen der Arbeiter abzuwehren. ¹²⁾ Ramm zieht noch einen anderen Grund dafür heran, daß Arbeitgeber und Gewerkschaft gleichgesetzt sind: "Schon bei der Arbeitskampffähigkeit des Arbeitgebers zeigt es sich,

7) Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 179 f.

8) RAMM, a. a. O., S. 1 f.; 69 ff.; DERS., a. a. O., JZ S. 81 ff.

9) a. a. O., S. 69 ff.

10) a. a. O., S. 69 f.

11) a. a. O., S. 70.

12) ebenda.

- und das gilt entsprechend der Natur des modernen Industriebetriebes ganz allgemein - daß das Handeln des Arbeitgebers als solches zur Kollektivität tendiert. Das Nebeneinander einer Vielzahl von Arbeitsverträgen, die durch die Technik bedingte Distanzierung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern und die in der heutigen Gesellschaft zu beobachtende Tendenz der Ablösung des Einzelunternehmens durch die juristische Person - alle diese Momente legen dem Arbeitgeber die Normierung, die Gleichbehandlung nahe." ¹³⁾ Daraus folgert Ramm: "Fehlen des Schutzbedürfnis und jene immanente Tendenz zum kollektiven Handeln zwingen dazu, das Verhältnis des Arbeitgebers zu seiner Koalition grundlegend anders zu werten als das des einzelnen Arbeitnehmers zur Gewerkschaft." ¹⁴⁾

Jeder Arbeiter erstrebt, Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, die er mit Hilfe der Gewerkschaft zu erreichen sucht. Wenn auch zwischen den Arbeitern ein Wettbewerb nicht ausgeschlossen ist, so fällt er doch nicht erheblich ins Gewicht und verschafft, wie wir schon gesehen haben, schließlich nur dem Arbeitgeber Profit. Anders ist es auf der Arbeitgeberseite. ¹⁵⁾ Zwar haben die Arbeitgeber ein Interesse daran, die Forderungen der Gewerkschaft abzuwehren; das ist jedoch kein gemeinsames Interesse, welches das persönliche Gewinnstreben verschwinden ließe. Der Wettbewerb bedeutet hier viel mehr: Selbst beim Arbeitskampf kann der Arbeitgeber einen Vorteil erlangen, wenn er im Gegensatz zu anderen Arbeitgebern die Forderungen der Gewerkschaft annimmt. Deshalb hat der Arbeitgeber eine ganz andere Stellung in seinem Verband als der Arbeitnehmer in der Gewerkschaft. ¹⁶⁾

Aus diesen Überlegungen zieht Ramm folgende rechtliche Konsequenz: Das Verhältnis der Arbeiter zur Gewerkschaft ist von der Verbandstheorie interessenmäßig erfaßt. Das Schutzbedürfnis der Arbeiter erfordert ihre Unterordnung unter den Verband. ¹⁷⁾ Dagegen ist kein Grund vorhanden, den Arbeitgeber seinem Verband unterzuordnen. ¹⁸⁾ Beurteilt man das Verhältnis des Arbeitgebers zu seinem Verband nach der Verbandstheorie, dann bleibt dabei die besondere Stellung, die der Arbeitgeber in seinem Verband hat, unberücksichtigt. Die Selbständigkeit, die er auch als Angehöriger des Arbeitgeberverbandes behält, kommt im Fall des Verbandtarifs nur dann zum Ausdruck, wenn er auch selbst Partei des Tarifvertrags ist. Das ist er dann, wenn man den Vertragsschluß mit der Vertreter- oder der Kombinationstheorie konstruiert. Mit der Vertretertheorie fiele man in das andere Extrem, in dem man nun dem Verband jegliches eigene Interesse am Tarifvertrag

13) a. a. O., S. 71.

14) ebenda.

15) a. a. O., S. 71

16)

17) a. a. O., S. 74.

18) Zum folgenden a. a. O., S. 74 f.

bestritte. Sie ist auch nicht mit §§ 2 Absatz 1 und 4 Absatz 4 Satz 1 TVG vereinbar. Wenn der Arbeitgeberverband als mögliche Tarifvertragspartei erwähnt ist (§ 2 Absatz 1), dann handelt er beim Vertragsschluß zumindest aus eigenem Recht. Und wenn ein Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig ist (§ 4 Absatz 4 Satz 1), dann wirkt der Arbeitgeberverband nicht nur als Vertreter mit. Deshalb schlägt Ramm vor, auf die Arbeitgeberseite die Kombinationstheorie anzuwenden. Eine Stellungnahme des Gesetzgebers für die Kombinationstheorie glaubt er aus § 2 Absatz 4 TVG entnehmen zu können: "Wenn selbst Spitzenorganisationen, die als Bevollmächtigte ihrer Mitglieder" - das ist in § 2 Absatz 2 TVG vorgesehen - "den Tarifvertrag eingehen, neben diesen für die Erfüllung der sich aus ihm ergebenden Verpflichtung haften, so muß dasselbe erst recht für das Verhältnis Arbeitgeberverband - Arbeitgeber gelten." ¹⁹⁾ Auch wenn die Spitzenorganisationen nur im eigenen Namen - diesen Fall regelt § 2 Absatz 3 TVG - den Tarifvertrag abschließen, haften nach § 2 Absatz 4 TVG die den Spitzenverbänden angeschlossenen Verbände für die Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen der Tarifvertragsparteien. In ähnlicher Weise wird nach Ramms Ansicht auch der einzelne Arbeitgeber durch seinen Verband berechtigt und verpflichtet, ohne daß es auf eine ausdrückliche Vollmachtserteilung oder ein Handeln im Namen der Mitglieder ankäme. ²⁰⁾

Diese Überlegungen Ramms und die Schlußfolgerung, die er in der Differenzierungstheorie gezogen hat, sind überzeugend. Deshalb werden wir, soweit es bei der kritischen Würdigung der Tarifvertragstheorien auf die Frage, wer Partei des Tarifvertrags ist, ankommt, Ramms Theorie zugrunde legen.

3. Die Konsequenzen der Differenzierungstheorie sind für uns nur insoweit bedeutsam, als sich mit ihrer Hilfe die Wirkungen der Tarifnormen deuten lassen. Ramm glaubt, mit ihr die wesentlichen Probleme des Tarifvertrags schärfer herausstellen und besser lösen zu können, als es Jacobi, dessen Lehre er grundsätzlich billigt, gelungen ist.

Ramm beschränkt seine Ausführungen zur Arbeitgeberseite darauf, die unmittelbare Wirkung der Tarifnormen zu erklären: "Da nach der Kombinations- oder Kumulationstheorie der Verband nicht nur aus eigenem Recht, sondern auch als sein Bevollmächtigter den Tarifvertrag abschließt, ist er als der Vertretene direkt für den Einzelarbeitsvertrag tarifgebunden." ²¹⁾

19) a. a. O., S. 75.

20) a. a. O., S. 75.

21) a. a. O., S. 86.

Schwieriger ist die Erklärung der Unmittelbarkeit und Unabdingbarkeit für den Arbeitnehmer. ²²⁾ "Die Gewerkschaft ist das Instrument der sozial Schwachen zur kollektiven Durchsetzung ihrer individuellen Interessen und steht damit über Art. 19 Absatz 3, 9 Absatz 3 GG unter dem besonderen Schutz des Sozialstaatsprinzips der Art. 20, 28 GG. Soweit das Schutzbedürfnis gegen den sozial Stärkeren reicht, besteht eine totale Interessenidentität zwischen den einzelnen Mitgliedern, so daß zwar die Gewerkschaft den Tarifvertrag abschließt, aber wegen dieser gewollten Interessenverfolgung, die sich in der freiwilligen Zugehörigkeit des einzelnen zu ihr manifestiert, die rechtliche Wirkung des Vertrags unmittelbar zu Gunsten des einzelnen Arbeitnehmers eintritt. Begrifflich gesehen handelt es sich um eine Umwidmung der individualrechtlichen Vertretung zu einer neuen sozialrechtlichen Institution. Sie wird dadurch charakterisiert, daß die Rechtswirkung der Vertretung eintritt, der Vollmachtgeber selbst, der einzelne Arbeitnehmer aber nicht mehr in dem durch den Bevollmächtigten abgesteckten Rahmen daneben rechtsgeschäftlich handeln kann. Er hat sich vielmehr während der Dauer seiner Verbandszugehörigkeit für die übliche Laufzeit von Tarifverträgen seiner Vertragstreue partiell begeben. . . ²³⁾ Die Konstruktion der verdrängenden unwiderruflichen Vollmacht vermag eine Regelung der Tariffähigkeit als Zwischenposition zwischen individualistischer und kollektivistischer Rechtslehre dogmatisch adäquat zu fassen. " ²⁴⁾ Die Legitimation für diese einschneidende Begrenzung der Privatautonomie liegt im Sozialstaatsprinzip. Ramm charakterisiert, dem Vergleich Kobatschs folgend, das Aushandeln der Arbeitsbedingungen als vormundschaftliche Tätigkeit und spricht von einer sozialen Vormundschaft der Gewerkschaften: "Die Beschränkung der Tariffähigkeit auf die Gewerkschaft enthält eine allerdings nicht totale sondern nur partielle Entmündigung des Arbeitnehmers oder - um dies weniger schroff und sachgerechter auszudrücken - die Berücksichtigung seiner vom Liberalismus ignorierten faktischen Handlungsunfähigkeit in der Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen zu dem sozial übermächtigen Arbeitgeber. Zivilrechtlich ergibt sich eine Parallele zur Rechtsstellung des beschränkt Geschäftsfähigen. " ²⁵⁾ "Während die §§ 112 und 113 BGB - § 112 BGB ermöglicht dem Minderjährigen selbständig ein Erwerbsgeschäft zu betreiben, § 113 BGB selbständig ein Dienstverhältnis einzugehen - "die rechtliche Kompetenz des beschränkt Geschäftsfähigen erweitern, wird über die Tariffähigkeit die rechtliche Kompetenz des voll Geschäftsfähigen für das Gebiet des Arbeitslebens verringert. " ²⁶⁾ Wie der Minderjährige nach § 107 BGB zu einer Willenserklärung

22) a. a. O., S. 88 ff.

23) a. a. O., S. 88.

24) a. a. O., S. 89.

25) a. a. O., S. 90.

26) a. a. O., S. 90.

rung, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters nicht bedarf, kann der Arbeitnehmer vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen treffen, wenn sie für ihn günstiger sind, als die entsprechenden Bedingungen des Tarifvertrags." 27) "Sowohl die soziale Vormundschaft der Gewerkschaft als die gesetzliche Vertretung für den beschränkt Geschäftsfähigen beruht auf der Anerkennung sozialer Notwendigkeiten. Sie liegt beim Minderjährigen und dem in § 114 BGB umschriebenen Personenkreis" - durch diese Vorschrift sind die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen gleichgestellt - "im Fehlen der altersmäßigen Reife beziehungsweise der geistigen oder sittlichen Durchschnittsqualifikation für die Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr, beim Arbeitnehmer in seiner vom Gesetzgeber festgestellten erheblichen sozialen Machtunterlegenheit gegenüber dem Arbeitgeber." 28) Ein wesentlicher Unterschied zwischen der gesetzlichen Vertretung und der sozialen Vormundschaft besteht aber darin, daß die Arbeiter sich freiwillig durch ihren Beitritt zur Gewerkschaft unter die soziale Vormundschaft gestellt haben. "Nur insoweit ist die soziale Vormundschaft eine Zwischenform zwischen gesetzlicher und gewillkürter Vertretung als ihr für die Dauer der Mitgliedschaft die Unwiderruflichkeit und die Verdrängung der eigenen rechtsgeschäftlichen Handlungsbefugnis - im Rahmen des § 4 Absatz 3 TVG - eigen ist. Nur insoweit besteht rein formell gesehen, ein individueller Freiheitsverlust für den Arbeitnehmer. Er wird jedoch ausgeglichen durch seine Mitbeteiligung und seine Mitentscheidung in der Gewerkschaft. Die weitgehende Übereinstimmung zwischen sozialer Vormundschaft und gesetzlicher Vertretung lassen den Schluß, daß ebenso wie der für das Mündel geschlossene Vertrag keine Rechtsnorm darstellt, auch die tarifliche Abmachung nicht als solche angesehen werden darf." 29)

Ramm hebt ausdrücklich hervor, daß seine Deutung der zwingenden Wirkung der Tarifnormen für die Arbeiter nicht seiner Ausgangsposition widerspricht, nach der das Verhältnis der Arbeiter zu ihrer Gewerkschaft nach der Verbandstheorie zu beurteilen ist. Man könnte zwar meinen, weil die Wirkungen des von der Gewerkschaft geschlossenen Vertrags den Arbeitnehmer treffen, wäre auch für die Arbeitnehmerseite die Kombinationstheorie mehr angepaßt. Damit würde man aber verkennen, daß der Arbeiter seine Eigenständigkeit an den Verband verloren hat. Eine für die Kombinationstheorie typische Doppelverpflichtung - Verpflichtung des Verbands und des Mitglieds - entsteht auf der Arbeiter-

27) a. a. O., S. 90.

28)

29) a. a. O., S. 90.

seite nicht. Auf der gewerkschaftlichen Seite "zerfällt die tarifvertragliche Berechtigung und Verpflichtung in Verbandsrechte und -pflichten und in Individualrechte und -pflichten, wobei diese Rechte und Pflichten stets nur die Gewerkschaft oder das Mitglied treffen, so daß von einer Kumulation nicht gesprochen werden kann." 30)

Zweiter Unterabschnitt

Die Theorien der Rechtsetzung kraft eigenen Rechts

§ 10

DER TARIFVERTRAG NACH DER GENOSSENSCHAFTLICHEN RECHTSTHEORIE

Nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie, deren Hauptvertreter Otto von Gierke ist, bedeutet objektives Recht den Inbegriff der Rechtssätze. "Rechtssätze aber sind Normen, die nach der erklärten Überzeugung einer Gemeinschaft das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen." 1)

Von Gierke erläutert das Wesen des objektiven Rechts, in dem er die einzelnen Begriffsmerkmale dieser Definition entfaltet. Die Rechtssätze sind Normen. In der Normeneigenschaft stimmen sie mit Sitte und Sittlichkeit überein, 2) denn Rechtssätze, Sitte und Sittlichkeit schaffen Verhaltensmaßregeln für die Betätigung des freien menschlichen Wollens. Im Gegensatz zur Sitte geben aber die Rechtsnormen "nicht nur einen Rat, sondern gestatten, heischen oder verwehren in autoritativer Form; sie wollen schlechthin bindende Richtschnur und Schranke sein." 3) Darum strebt das Recht kraft seines inneren Wesens nach unbedingter Durchsetzung seiner Normen. Es hat die Tendenz, sich durch äußere Macht ausnahmslos Geltung zu sichern und jeden Widerstand durch überlegenen Widerstand zu brechen. 4) Doch ist die Erzwingbarkeit kein Begriffsmerkmal des Rechts, lediglich die Tendenz der "ausnahmslosen Geltung" ist wesentlich. 5) Im Gegensatz zur Sittlichkeit, deren Normen das Wollen zwar ebenfalls unbedingt aber innerlich bestimmen, ordnen die Rechtsnormen nur das äußerliche Verhalten der Menschen. 6)

30) a. a. O., S. 92.

1) Otto v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 113.

2) a. a. O., S. 113.

3) a. a. O., S. 113.

4) a. a. O., S. 114.

5) a. a. O., S. 114.

6) a. a. O., S. 114 f.

Nach den weiteren Merkmalen der Rechtsdefinition stammt das Recht aus der erklärten Überzeugung einer Gemeinschaft. In diesem Satz sind drei Aussagen enthalten. Erstens: nicht der Wille sondern die Überzeugung ist maßgebend; das Recht ist Vernunftsaussage und nicht Ausfluß der Macht der Stärkeren über den Schwächeren. ⁷⁾ Zweitens: die Überzeugung darf nicht innere Überzeugung bleiben, sondern muß, um äußerlich binden zu können, erklärt werden. ⁸⁾ Drittens: nur eine Gemeinschaft ist zur Rechtserzeugung imstande. Von Gierke führt dazu aus: Das Recht "ist eine Manifestation des menschlichen Gemeinlebens, nicht des Einzellebens. So wenig wie das isolierte Individuum ein Recht hervorbringt, vermag eine Summe von Individuen, Recht zu erzeugen. Vielmehr ist der Born des Rechts der Gemeingeist, der als einheitliche Kraft in einer Gemeinschaft als in einem lebendigen Ganzen wirkt und in den einzelnen als Gliedern dieses Ganzen sich betätigt. Das Recht wurzelt also in der Gemeinüberzeugung und dem sie begleitenden Gemeinwillen." ⁹⁾ Dabei ist jede Gemeinschaft befähigt, Recht zu erzeugen; nicht nur die Völker, sondern auch deren Untergliederungen, die Stämme und landschaftlichen Gruppen. In erhöhtem Maße ist die organisierte Gemeinschaft zur Rechtserzeugung befähigt: der Staat, die Kirche, die Gemeinde und jede Genossenschaft. ¹⁰⁾

Von Gierke unterscheidet bei dem Recht, das die einzelnen Gemeinschaften erzeugen, zwischen dem staatlichen Recht, dem Gesetzesrecht, ¹¹⁾ und dem nichtstaatlichen Recht, dem Recht der autonomen Satzung. ¹²⁾ Zu diesem letzteren gehören vor allem das Recht der Familien und des hohen Adels, ¹³⁾ die Gemeindegesetze, ¹⁴⁾ die Satzungen der Kirchen, ¹⁵⁾ der Körperschaften des öffentlichen Rechts ¹⁶⁾ und des Privatrechts. ¹⁷⁾ Zwischen Gemeinde- und Vereinsatzung besteht danach kein Wesensunterschied: "In der Tat schafft jedes Vereinsstatut nicht bloß Rechtsverhältnisse sondern Rechtssätze, die in einem Gemeinschaftskreise als objektives Recht gelten sollen. Insoweit ist es seinem Wesen nach ein Vereinsgesetz, womit natürlich nicht gesagt ist, daß es an den Eigenschaften des "Gesetzes" im technischen Sinne, falls dieselben etwa auf die staatlich anerkannten Satzungen öffentlich rechtlicher Verbände übertra-

7) a. a. O., S. 116.

8) a. a. O., S. 117.

9) a. a. O., S. 119.

10) a. a. O., S. 120.

11) a. a. O., S. 128 ff.

12) a. a. O., S. 142 ff.

13) a. a. O., S. 148 f.

14) a. a. O., S. 149 f.

15) a. a. O., S. 150.

16) a. a. O., S. 150.

17) a. a. O., S. 150 f.

gen werden, ebenfalls Teil haben muß." 18) Mit den Eigenschaften des Gesetzes im technischen Sinn meint von Gierke zum Beispiel die Möglichkeit, die Revision gegen ein Urteil wegen Gesetzesverletzung auf die Verletzung einer Satzung stützen zu können. 19)

Gegenstand der autonomen Rechtsetzung kann zweierlei sein: einmal "die inneren gemeinheitlichen Rechtsverhältnisse des einzelnen Verbandes." 20) Damit ist das Verbandsverfassungs- und -verwaltungsrecht gemeint. Zum anderen können durch die autonomen Satzungen "die mit der Verbandsmitgliedschaft verknüpften Sonderrechtsverhältnisse" geregelt werden. 21) Dazu gehören vor allem die Privatrechtsnormen, welche die Rechtsverhältnisse der Mitglieder untereinander betreffen. Soweit die Satzung diese beiden Gebiete ordnet, enthalten ihre Bestimmungen die Wirkung von Rechtsnormen ohne staatliche Delegation auf Grund des eigenen Rechts des Vereins. Dieses "eigene Recht" ist nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie kein dem Staat vorgegebenes Naturrecht. Vielmehr steht nach der germanischen Rechtsauffassung jedem überhaupt anerkannten Verband die Befugnis zu, sich sein Recht selbst zu setzen. Sobald also der Staat Korporationen zuläßt, ist ihnen auch das Recht gegeben, autonome Satzungen zu erlassen. Von Gierke hielt an dieser germanischen Rechtsauffassung auch für seine Zeit fest, trotz aller Bestrebungen der Satzungsgewalt von einer staatlichen Delegation abhängig zu machen. 22) Nur wenn außerkörperschaftliche Rechtsverhältnisse der Verbandsangehörigen durch die Satzung geregelt werden sollen - insoweit wird in das "gemeine öffentliche und Privatrecht" eingegriffen - bedarf es der staatlichen Ermächtigung. 23)

2. Was bedeutet die genossenschaftliche Rechtstheorie für die Qualifikation der Tarifnormen? Diese Frage ist schon deshalb nicht mit wenigen Sätzen zu beantworten, weil die Tarifnormen nicht von einer Gemeinschaft im Sinn der oben wiedergegebenen Definition gesetzt werden, sondern von zwei Gemeinschaften oder im Falle des Firmentarifs von einer Gemeinschaft und einer natürlichen Person. Vor Inkrafttreten der Tarifvertragsverordnung, also bevor es eine gesetz-

18) a. a. O., S. 151.

19) a. a. O., S. 151 Anm. 40.

20) a. a. O., S. 151.

21) a. a. O., S. 152.

22) a. a. O., S. 144 f.; vgl. auch v. GIERKE, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft (Schmollers Jahrbuch) 1883, S. 1167 ff.

23) a. a. O., S. 152 f.

liche Regelung der Unabdingbarkeit gab, hat von Gierke sich dahingehend ausgesprochen, daß dem Tarifvertrag nicht die Kraft einer autonomen Satzung beigelegt werden könne.²⁴⁾ Etwas anderes gilt für die Tarife der Tarifgemeinschaften, wie sie zum Beispiel die Zentralarbeitsgemeinschaft zwischen den Spitzenverbänden der Arbeitnehmer und Arbeitgeberverbände aus der Zeit nach dem ersten Weltkrieg geschlossen hat. Die Tarifgemeinschaften sind feste Zusammenschlüsse, also echte Gemeinschaften und als solche nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie zur Satzung objektiven Rechts befähigt. Das hat Jacobi klar herausgestellt: "Schließen sich die Tarifbeteiligten zu einem organisierten Verband zusammen - Fall der Tarifgemeinschaft im engeren Sinne -, " sind "die von einem solchen Verband aufgestellten allgemeinen Arbeitsbedingungen auch ohne gesetzliche Anerkennung der unmittelbaren Wirkung und Unabdingbarkeit als objektives Recht, näher bestimmt als autonome Satzung im Sinne der genossenschaftlichen Rechtstheorie anzusprechen, nicht anders als jedes Vereinsstatut." ²⁵⁾

Mit der Rechtslage nach Inkrafttreten der Tarifvertragsverordnung hat sich von Gierke nicht mehr beschäftigt. Er hat aber schon vorher zu den Vorschlägen Sinzheimers für ein zukünftiges Tarifvertragsgesetz Stellung genommen und sich zu der Deutung des Tarifvertrags, wie sie Boos für das schweizerische Recht gegeben hat, geäußert.²⁶⁾ Boos hatte es unternommen, den Tarifvertrag - im schweizerischen Recht Gesamtarbeitsvertrag genannt - auf Grund der neu ins Obligationenrecht eingeführten Artikel 322 und 323, rechtlich zu würdigen und dogmatisch einzuordnen;²⁷⁾ Art. 322 enthält im wesentlichen nur eine Begriffsbestimmung des Tarifvertrags, Art. 323 die Regelung der Unmittelbarkeit und Unabdingbarkeit.²⁸⁾

24) v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, S. 605.

25) JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 251 f.; vgl. dazu auch KLEINER, Die Gemeinschaft der Tarifparteien; SINZHEIMER, Grundzüge des Arbeitsrechts, S. 278 f.

26) v. GIERKE, Die Zukunft des Tarifvertrags, in: ArchfSozWSozPol. Bd. 42, S. 815 ff. In dieser Abhandlung setzt sich v. GIERKE nur mit SINZHEIMER, "Ein Arbeitstarifgesetz; Die Idee der sozialen Selbstbestimmung" und BOOS, "Der Gesamtarbeitsvertrag nach schweizerischem Recht; Deutsche Geistesformen deutschen Arbeitslebens" auseinander.

27) BOOS, a. a. O., S. 188 ff.

28) Die beiden Artikel traten am 30.3.1911 in Kraft. Art. 322 lautet:

Durch Vertrag von Arbeitgebern oder Arbeitgebervereinigungen mit Arbeitern oder Arbeitervereinigungen können bestimmte Vorschriften für die Dienstverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeiter aufgestellt werden.

Von Gierke stimmt mit Boos darin überein, daß mit Einführung dieser Artikel in das Obligationenrecht die Arbeitsbedingungen des Gesamtarbeitsvertrags zu objektivem Recht erhoben seien. ²⁹⁾ Deshalb kann der normenschaffende Vertrag selbst kein bloßer schuldrechtlicher Vertrag sein. Er ist vielmehr ein autonomischer Akt, den eine durch das Gesetz dazu ermächtigte Gemeinschaft vornimmt. Die Gemeinschaft unterscheidet sich aber wesentlich von der Tarifgemeinschaft, wie sie oben erwähnt wurde. Nach wie vor bleiben der Arbeitgeberverband und die Gewerkschaft als selbständige Einheiten vorhanden. Deshalb erschöpft sich der Abschluß eines Gesamtarbeitsvertrages nach Ansicht von Gierkes - damit wendet er sich gegen Boos - nicht in seiner Satzungsfunktion, sondern er begründet gleichzeitig ein Vertragsverhältnis, das die Vertragsschließenden als Parteien in schuldrechtliche Beziehungen zueinander setzt.

Von Gierke charakterisiert das Verhältnis der Tarifvertragsparteien folgendermaßen: "Die mit Autonomie ausgestattete Tarifgemeinschaft ist eben kein mit eigener Persönlichkeit ausgestatteter Verband, sondern eine bloße auf Zeit eingegangene und der Kündigung unterworfenene Gemeinschaft, der sich ihre Träger für die Dauer ihres Bestandes einordnen, aber nicht unterordnen. Sie ist keine "höhere Einheit" über Verbandsmitgliedern, sondern eine kollektive Einheit der Verbundenen, die ein gemeinschaftliches einheitliches Handeln ermöglicht." ³⁰⁾

Aus diesen Ausführungen folgt, daß von Gierke Sinzheimers "Vertragsautonomie" ablehnt: "Allein aus der Vertragsnatur läßt sich die autonome Wirkungskraft des Tarifvertrags nicht ableiten. Vielmehr ist er insoweit, als er Normen erzeugt, eben nicht mehr Vertrag, sondern Rechtsetzungsakt." "Das Erzeugnis der Autonomie ist Satzung, und Satzungsrecht kann nur eine dazu befugte Gemeinschaft hervorbringen. Ich bin mit Sinzheimer durchaus darin einverstanden, daß dem Inhalte

Fortsetzung der Fußnote 28) von Seite 54:

Ein solcher Gesamtarbeitsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen (12 ff.) Form.

Haben sich die Beteiligten über die Dauer des Gesamtarbeitsvertrages nicht geeinigt, so kann er nach Ablauf eines Jahres jederzeit auf sechs Monate gekündigt werden.

Art. 323:

Dienstverträge, die von auf einen Gesamtarbeitsvertrag verpflichteten Arbeitgebern und Arbeitern abgeschlossen werden (322), sind, soweit sie den darin aufgestellten Bestimmungen widersprechen, nichtig. Die nichtigen Bestimmungen werden durch diejenigen des Gesamtarbeitsvertrages ersetzt.

29) v. GIERKE, a. a. O., S. 832, daselbst auch zum folgenden.

30) a. a. O.; ähnlich heute BOGS, Autonomie und verbandliche Selbstverwaltung im modernen Arbeits- und Sozialrecht, in: RdA 1956, S. 1 ff.

des Tarifvertrags, da ein dahin lautendes Gewohnheitsrecht jedenfalls zur Zeit nicht besteht, nur durch Staatsgesetz Satzungscharakter verliehen werden kann. Aber auch der Staat kann nicht einfach den Vertrag als solchen mit Satzungskraft ausrüsten, sondern nur zunächst irgendeine Gemeinschaft als Trägerin einer Autonomie anerkennen, kraft deren sie in der Form des Tarifvertrages für die Beteiligten Satzungsrecht zu schaffen vermag." ³¹⁾ Klar hat damit von Gierke herausgestellt, daß das Entscheidende des Schweizer Gesetzgebers nicht darin lag, den Tarifvertrag mit unmittelbarer und zwingender Wirkung ausgestattet zu haben. Entscheidend war die Anerkennung der Tarifparteien als Tarifgemeinschaft.

In einem weiteren Punkt widerspricht von Gierke Sinzheimer: ³²⁾ im Gegensatz zu Sinzheimer ordnet von Gierke den Tarifvertrag nicht dem öffentlichen Recht sondern dem Sozialrecht zu, das zusammen mit dem Individualrecht das Privatrecht ausmacht. Ob der Tarifvertrag hier oder dahin zählt, ist, wie von Gierke ausführt, nicht nur eine terminologische Frage. In der Einordnung des Tarifvertrags in das öffentliche Recht sieht er eine Verstaatlichung, welche die freie Entfaltung der Verbände beeinträchtigt.

Von Gierke entwickelte - wie ich schon hervorgehoben habe - seine Tarifvertragslehre vor Inkrafttreten der Tarifvertragsordnung. Nach ihrem Inkrafttreten entsprach es herrschender Ansicht, daß die Tarifnormen Sätze des objektiven Rechts seien. ³³⁾ Auf die genossenschaftliche Rechtstheorie berief man sich weniger, um diese Ansicht zu begründen als sie zu stützen. Bei Nipperdey heißt es zum Beispiel: "Sicherlich enthält der normative Teil (des Tarifvertrags) objektives Recht im Sinne der genossenschaftlichen Rechtstheorie, da es sich in der Hauptsache um abstrakte Regelungen nach allgemeinen Merkmalen handelt, die gelten sollen. Aber die Regeln des normativen Teils können auch als Rechtsätze im engeren Sinne angesprochen werden, wenn man darunter auch die Regeln versteht, die auf Grund staatlicher Ermächtigung autonom gesetzt sind und unabhängig vom Willen der Beteiligten gelten." ³⁴⁾ Nipperdey fährt fort, zwischen den Tarifvertragsparteien bestehe keine Tarifgemeinschaft: von Gierke operiere mit einer Fiktion. Eine solche Fiktion sei aber nicht erforderlich: "Vielmehr erläßt jeder Verband Vorschriften nur für seine eigenen Mitglieder, aber

31) a. a. O., S. 821 f.

32) dazu a. a. O., S. 820 f.

33) Vgl. dazu bei HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 1. -2. Aufl., S. 119; SINZHEIMER, Grundzüge des Arbeitsrechts, S. 257 f.

34) HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 1. -2. Aufl., S. 119 f.; 3. -5. Aufl., S. 135 f.

in einem Vertrag derart, daß diese beiden Bindungen übereinstimmen, und dadurch einheitlich wirken." 35)

In der modernen Literatur zum Tarifvertrag beruft sich niemand mehr auf die genossenschaftliche Rechtstheorie, um die Rechtsnormeneigenschaft der Tarifnormen zu begründen. Lediglich das Bundesarbeitsgericht, das im übrigen der Delegationstheorie anhängt, führte in einer Hilfsbegründung aus, die Tarifnormen seien Rechtsnormen auch im Sinn der genossenschaftlichen Rechtstheorie. 36)

§ 11

DER TARIFVERTRAG NACH DER VEREINBARUNGSLEHRE

1. Die Ähnlichkeit des Tarifvertrags zum völkerrechtlichen Vertrag ist der Ausgangspunkt der Theorie, die auf der "Vereinbarungslehre" aufbaut. Ihr Ansatz läßt sich am einfachsten durch folgende Überlegung erhellen: Nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie besitzt jede Korporation eine eigene nicht vom Staat abgeleitete Rechtsetzungsbefugnis. Deshalb liegt es nahe, die Tarifverbände entsprechend wie Gemeinde und Bundesstaat als teilsouveräne Gebilde anzusehen. Im Gegensatz zu von Gierke und Boos kann man dann die Hypothese aufstellen, daß die Tarifparteien beim Abschluß eines Tarifvertrags nicht eine einheitliche Tarifgemeinschaft bilden, sondern ihr Verhältnis zur "Nachbargemeinschaft", wie ein Staat mit dem anderen, in einem Abkommen, einer Vereinbarung mit rechtserzeugender Kraft festlegen.

In der staatsrechtlichen Literatur tauchte der Begriff "Vereinbarung" nach der Gründung des norddeutschen Bundes zum ersten Mal auf. ¹⁾ Die Verfassung des norddeutschen Bundes - ein Bundesstaat bestehend aus Preußen und 17 norddeutschen Kleinstaaten - kam auf Grund einer Übereinkunft der Regierungen zusammen mit dem verfassungsgebenden norddeutschen Reichstag zustande. Naheliegender erschien es, diesen Vorgang als Vertrag anzusehen; zumal die Figur des Staatsvertrags seit der Aufklärung aus der Rechtslehre nicht mehr wegzudenken ist. Aber der Staatsvertrag galt damals nicht mehr als die höchste juristische Weisheit; die historische Rechtsschule hatte die Überbetonung der individualisti-

35) HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II., 3.-5. Aufl., S. 136 Anm. 19 unter Berufung auf KASKEL, Arbeitsrecht, S. 20 Anm. 3; vgl. dazu auch HUBER, II., S. 425.

36) BAG Bd. 4, S. 252.

1) Vgl. dazu: WALZ, Die Vereinbarung als Rechtsfigur des Öffentlichen Rechts, in: AÖR NF. Bd. 14, S. 194 f.; PARTSCH, "Vereinbarung" in: Handwörterbuch des Völkerrechts.

schen Denkungsweise, wie sie in der Staatsvertragskonstruktion zum Ausdruck kommt, gedämpft. Die positivistische Schule, neben der die historische mehr und mehr an Bedeutung verlor, leitete alle staatlichen Normen aus dem gesetzgeberischen Willen des Staates, aus der Staatsverfassung ab. Das Problem aber, wie eine Staatsgründung zu erklären sei, blieb offen. Dieses Problem sollte die Lehre von der Vereinbarung lösen.

Binding versuchte im Jahre 1888 die Gründung des norddeutschen Bundes mit Hilfe eines Rechtsinstituts zu erklären, das er Vereinbarung nannte.²⁾ Die Vereinbarung soll eine vom Vertrag verschiedene Rechtsfigur sein. Binding kennzeichnet sie, in dem er sie dem Vertrag gegenüberstellt: In der Vereinbarung gelangen die Beteiligten zu einer wirklichen Willenseinigung, der Vertrag bewirkt dagegen nur eine Willensbindung. Verschmelzen mehrere gleichlautende, gleichgerichtete, gleichbedeutende Willenserklärungen zu einem einheitlichen Gemeinwillen, so kann das kein Vertrag sein, bei dem sich verschieden gerichtete aber korrespondierende Willenserklärungen gegenüberstehen. Der aus der Vereinbarung entstehende Gemeinwille ist etwas neues und mehr als nur die Summe der Einzelwillen, die ihn zur Entstehung brachten. Auf das zu deutende politische Faktum - Gründung des norddeutschen Bundes - angewandt, ergibt sich: die Vereinbarung der 18 Staaten zusammen mit dem norddeutschen Reichstag brachte einen neuen, übergeordneten Gemeinwillen hervor: den Bundesstaat.

Im Anschluß an Binding war die Vereinbarung vielfach Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung.³⁾ Vor allem Jellinek⁴⁾ und Kuntze⁵⁾ - von Kuntze stammt die Bezeichnung Gesamttakt - haben zur Klärung des Begriffs beigetragen. Den ausführlichsten und wahrscheinlich bedeutendsten Beitrag zur Lehre von der Vereinbarung hat Triepel geleistet.⁶⁾ Ausgehend von Binding sucht er die Entstehung völkerrechtlicher Rechtsnormen zu erklären und glaubt in der Vereinbarung eine allgemeine Völkerrechtsquelle gefunden zu haben.

Wie Binding sieht Triepel in der Vereinbarung das einzige Mittel, einen Gemeinwillen zu erzeugen. "Festzustellen ist jedenfalls, daß das objektive Recht die Vereinbarung als das einzige Mittel gesetzt hat, aus einer Mehrheit individueller Willen einen Gemein- oder Gemeinwillen, d. h. einen solchen Willen zu erzeugen."

2) BINDING, Die Gründung des norddeutschen Bundes, S. 95 ff.; DERS., Die Vereinbarung, in: Vom Werden und Leben der Staaten, S. 189 f., insbesondere S. 217 u. 232 ff.

3) Vgl. bei PARTSCH, a. a. O.

4) JELLINEK, System der subjektiv öffentlichen Rechte, S. 193 ff., 299, 331.

5) KUNTZE, Der Gesamttakt.

6) TRIEPEL, Völkerrecht und Landesrecht, S. 49 ff.

gen, der als ein von der Vielheit der Willen verschiedener einheitlicher Wille gedacht werden muß." ⁷⁾ Ein charakteristisches Beispiel für eine Vereinbarung auf dem Gebiet des Privatrechts ist die Abrede, durch die sich eine Mehrheit von Personen zur künftigen Gründung eines sie alle umfassenden Verbandes verbindet. ⁸⁾ An dieses Beispiel des innerstaatlichen Rechts knüpft Triepel an, um die Bedeutung der Vereinbarung für das Völkerrecht zu zeigen. "Das Übereinkommen unabhängiger Staaten zu einem sogenannten Verwaltungsverein, zu einem Staatenbunde, aber auch zu einem Bundesstaate zusammenzutreten, ist Vereinbarung, nicht Vertrag." ⁹⁾ Für die Vereinbarung ist nicht wesentlich, daß sich eine Vielheit von Personen zusammenschließt. Die Zahl der Parteien ist bei der Vereinbarung begrifflich unbeschränkt. ¹⁰⁾ Es können also durchaus auch zwei Rechtssubjekte zu einer Vereinbarung zusammentreten. Es ist aber auch weiter nicht wesentlich, daß sich die Vereinbarenden zu einem irgendwie gearteten Verband zusammenfinden. Sowohl für den innerstaatlichen als auch den völkerrechtlichen Bereich bringt Triepel einige Beispiele, ¹¹⁾ in denen Gegenstand der Vereinbarung ein bestimmter Fall oder ein Kreis von Fällen ist, ohne daß die Vereinbarenden über die Vereinbarung hinaus in Beziehung träten.

Durch die Vereinbarung können für die Vereinbarenden Rechte und Pflichten zu künftigem Handeln begründet werden. Das muß jedoch nicht sein, und ist dann nicht der Fall, wenn der Wille der Vereinbarenden auf Schaffung eines Rechtssatzes gerichtet ist. ¹²⁾ Wann ist nach der Vereinbarungslehre ein Gemeinwille fähig - das ist die für uns entscheidende Frage - objektives Recht zu erzeugen? Vor allem der Gemeinwille zu dem sich verschiedene Staaten zusammengefunden haben, ist zur Rechtsetzung in der Lage. "Die Staaten können objektives Recht schaffen", sagt Triepel, "wenn sie eine Regel vereinbaren, nach der sich ihr künftiges Verhalten dauernd bestimmen soll." ¹³⁾ Die Kraft des "völkerrechtlichen Gemeinwillens" erklärt er entsprechend wie die Kraft innerstaatlicher Rechtsetzung: ¹⁴⁾ "Wenn innerhalb einer staatlichen Gemeinschaft der Wille, aus dem ein Rechtssatz entspringt, ein aus einer Vereinbarung hervorgehender Gemeinwille ist, so ist doch die Fähigkeit dieses Gemeinwillens, nicht nur andere bei seiner

7) a. a. O., S. 57.

8) a. a. O., S. 58.

9) a. a. O., S. 68.

10) a. a. O., S. 58.

11) Für den innerstaatlichen Bereich vgl. a. a. O., S. 53 f.; für den völkerrechtlichen Bereich vgl. a. a. O., S. 67 f.

12) a. a. O., S. 60.

13) a. a. O., S. 70; vgl. auch S. 31.

14) a. a. O., S. 81.

Bildung unbeteiligte, sondern gerade die ihn bilden helfenden Einzelwillen zu binden, erst ein Ausfluß eines ihm vorausgehenden Rechtssatzes, -gesetzes, der Staatsverfassung." ¹⁵⁾ Damit bringt Triepel deutlich zum Ausdruck, daß die Vereinbarung zumindest für den innerstaatlichen Bereich keine neue selbständige Rechtsquelle ist. Gemäß seinem Ausgangspunkt: "den Willen nun, dessen Inhalt der Rechtssatz bildet, den Willen, aus dem er fließt, nennen wir Rechtsquelle", ¹⁶⁾ ging es für Triepel allein darum den Rechtssetzungsvorgang, an dem mehrere beteiligt sind, zu durchleuchten. Triepel hat nicht gesagt, daß immer dann, wenn sich ein Gemeinwille konstituiert hat, dieser auch Rechtssätze erzeugen könne. Diese Erkenntnis gilt nicht nur für die Vereinbarungslehre Triepels, sondern wie Walz zutreffend herausgestellt hat, für die Vereinbarungslehre allgemein. ¹⁷⁾

2. Im wesentlichen hat nur Kaskel die Vereinbarungslehre zur Deutung des Tarifvertrags herangezogen: ¹⁸⁾ "Die Tarifnormen beruhen auf der von der Rechtsquelle der Gesetzgebung völlig verschiedenen besonderen Rechtsquellen der Vereinbarung, wobei der Staat eine solche (öffentlich-rechtliche) Normenbildung nicht nur duldet, sondern in § 1 Tarifvertragsverordnung ausdrücklich anerkennt, und mit ähnlichen, ja teilweise mit noch weitergehenden Rechtswirkungen ausstattet, wie die von ihm selbst im Wege der Rechtsetzung geschaffene Normen." ¹⁹⁾ Mit der weitergehenden Rechtswirkung meint Kaskel die unmittelbare Wirkung, während die zwingende Wirkung die Eigenschaft sei, die normalerweise mit dem Gesetz verbunden ist. ²⁰⁾

Kaskel führt die Vereinbarung bei den Quellen des Arbeitsrechts auf. Er charakterisiert sie folgendermaßen: "Die Gesamtvereinbarung", - darunter faßt er Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung zusammen -, "ist der wichtigste Fall der Rechtsvereinbarung, die als neue Rechtsquelle noch um ihre Anerkennung ringt. Sie hat ihre Ursache in der Unzulänglichkeit des amtlichen Gesetzgebungswegs, verbunden mit der zunehmenden Macht der Organisationen. Daher sind die letzteren dazu übergegangen, unter Ausschaltung der verfassungsmäßigen Gesetzgebungsfaktoren für den von ihnen repräsentierten Personenkreis gegenseitige in-

15) a. a. O., S. 81.

16) a. a. O., S. 30.

17) WALZ, a. a. O., S. 220.

18) KASKEL, Arbeitsrecht, S. 20, vgl. auch NIPPERDEY, Beiträge zum Tarifrecht, S. 140 Anm. 86.

19) KASKEL, Arbeitsrecht, S. 20.

20) a. a. O., S. 37.

teressen im Wege der Vereinbarung zwischen den Verbänden Rechtsnormen für die Verbandmitglieder zu setzen. Diese Rechtsnormen sind für die Mitglieder der beiderseitigen Verbände verbindlich, falls sie untereinander in Rechtsbeziehungen treten. Sie bedarf als Rechtsquelle einer gesetzlichen Anerkennung ebenso wenig wie das Gewohnheitsrecht." ²¹⁾ Hiervon ausgehend ist nach Ansicht Kaskels auch der Normencharakter der Tarifnormen unabhängig von der Verleihung der Unabdingbarkeit. Trotzdem hat § 1 Tarifvertragsverordnung nicht lediglich deklaratorischen Charakter. "Die Wirkung der Tarifnormen, die früher nach herrschender und richtiger Ansicht lediglich dispositiv (nachgiebig) waren, ist durch § 1 Tarifvertragsverordnung insofern umgestaltet, als diese Normen nunmehr zwingende beziehungsweise unmittelbare Wirkung haben." ²²⁾

Um den Rechtsetzungsvorgang zu erklären, bedient sich Kaskel der gleichen Argumentation wie Nipperdey: "Jeder Verband erläßt bindende Vorschriften nur für seine eigenen Mitglieder, nur daß diese beiden Bindungen übereinstimmen und dadurch einheitlich wirken." ²³⁾

Nach Kaskel haben die Berufsverbände eine öffentlich-rechtliche Stellung inne; Die Aufgaben, welche die Verbände mehr und mehr zu erfüllen hätten, rechtfertigen diese Ansicht. Hier müsse die Theorie der Praxis nachfolgen. Die Verbände als Träger öffentlicher Gewalt nähmen eine Stellung ein, die der Stellung der politischen Parteien am nächsten komme. "Die Gleichstellung von öffentlich-rechtlich und staatlich, schon längst durch die Rechtsstellung der Kirche erschüttert, widerspricht der tatsächlichen Entwicklung der Berufsverbände in Wirtschaft und Arbeit, die nicht minder öffentliche Verbände sind wie Staat und Kirche. Dann sind aber auch ihre Vereinbarungen nicht minder öffentlich-rechtlich wie die der Staaten und Kirchen." ²⁴⁾

21) a. a. O., S. 12, Anm. 1.

22) a. a. O., S. 20, Anm. 2.

23) a. a. O., S. 20, Anm. 2.

24) a. a. O.; ebenso KANDELER, Die Stellung der Berufsverbände im öffentlichen Recht, S. 99.

DER TARIFVERTRAG NACH NATURRECHT

Um die Besonderheit einer naturrechtlichen Betrachtungsweise des Tarifvertrags zu beleuchten, wollen wir an die Ausführungen zur genossenschaftlichen Rechtstheorie anknüpfen. Wir hatten gesagt: Obwohl die Rechtsetzungsbefugnis der Korporationen nach dieser Theorie ein eigenes vom Staat unabgeleitetes Recht ist, ist es kein dem Staat vorgegebenes Recht. Nur ein solches für den Staat verbindliches Recht bezeichnen wir als Naturrecht. Der Unterschied zwischen der naturrechtlichen und der historischen Schule läßt sich am besten an der Stellungnahme von Savignys gegen die Forderung Thibauts nach einem bürgerlichen Gesetzbuch klar machen. ¹⁾ Von Savigny wandte sich gegen Thibaut, weil eine Kodifikation das natürliche Wachsen des Rechts gestört hätte. Denn das Recht wächst aus dem "Volksgeist"; nicht der gesetzgeberische Akt sondern die Rechtfertigung vor der Geschichte verschafft ihm Geltung. Eine trotzdem erfolgte Kodifikation hätte sich weiterhin den Vorwurf zugezogen, die Rechtsentwicklung gestört zu haben; an der Wirksamkeit hätte ein Vertreter der historischen Schule nicht gerüttelt. Der Naturrechtler dagegen würde einen Rechtssatz als naturrechtswidrig bezeichnen und ihm unter Umständen den Gehorsam verweigern.

Aus dieser stichwortartigen Standortbestimmung von Naturrechtstheorie und historischer Rechtsschule erhellt, daß es einen Unterschied macht, ob ein Vertreter dieser oder jener Meinung von einem eigenen Recht der Tarifvertragsparteien zur Rechtsetzung spricht.

Während heftig diskutiert wird, ob die Gemeinde ihre Satzungsmacht vom Staate herleitet oder kraft Naturrechts besitzt, hat es meines Wissens noch niemand unternommen, eine geschlossene naturrechtliche Tarifvertragstheorie zu entwickeln. Lediglich vereinzelt findet sich einmal ein Hinweis, den man als naturrechtliche Stimme werten könnte. Bührig sagt: "Die Befugnis zum Abschluß von Tarifverträgen und damit der Setzung autonomen Rechts ist originäre Verbandsbefugnis, die der Staat zwar regeln kann und geregelt hat, nicht aber den Verbänden erst delegiert hat." ²⁾ Bührig hat seine Meinung in dieser knappen

1) Vgl. zum folgenden WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 217 ff.

2) BÜHRIG, Besprechung des Kommentars zum Tarifvertragsgesetz von Maus, in: Die Quelle 1957, S. 142; MAUS, Handbuch des Arbeitsrechts weist darauf hin, daß diese Ansicht auch von THON, BÜHRIG und HERSCHEL in der Aussprache der Verbandsversammlung in Köln im Jahre 1957 vertreten worden sei. Er gibt dazu allerdings keine Literaturhinweise.

Form im Rahmen der Besprechung des Kommentars zum Tarifvertragsgesetz von Maus geäußert, ohne sie näher auszuführen.

Wir werden bei der Kritik der Tarifvertragstheorien die Möglichkeit einer naturrechtlichen Rechtsetzungsbefugnis der Tarifparteien näher untersuchen.

Dritter Unterabschnitt

Die Theorien der Rechtsetzung kraft abgeleiteten Rechts

§ 13

DER TARIFVERTRAG NACH DER DELEGATIONSTHEORIE

1. Die Delegationstheorie ist heute in Rechtsprechung und Schrifttum herrschend. Sie wird in zwei Varianten vertreten: als privatrechtliche und als öffentlichrechtliche Delegationstheorie. Die beiden Spielarten unterscheiden sich nur in der Bewertung des Tarifvertragsabschlusses. Die privatrechtliche Delegationstheorie - von Nipperdey begründet - ¹⁾ wertet ihn privatrechtlich, die öffentlichrechtliche - vor allem von Huber und Nikisch vertreten - ²⁾ öffentlichrechtlich. Im übrigen decken sich die beiden Theorien.

Das Bundesarbeitsgericht hatte mehrmals zur Rechtsnatur des Tarifvertrags Stellung zu nehmen. Es hatte zu entscheiden, ob eine tarifvertraglich festgesetzte geringere Entlohnung von Frauen den Gleichheitssatz, Art. 3 GG, verletzte. ³⁾ Die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung setzt voraus, daß die Tarifvertragsparteien an die Grundrechte gebunden sind. Das waren sie nach Art. 1 Absatz 3 GG dann, wenn der Tarifvertragsabschluß ein Akt der Gesetzgebung oder der vollziehenden Gewalt wäre. Andernfalls wäre zu überlegen, ob Art. 3 GG auch für den Privatrechtsverkehr - Stichwort: Drittwirkung des Gleichheitssatzes - gilt. ⁴⁾ Das Bundesarbeitsgericht hat in mehreren Entscheidungen die Rechtsnormeneigenschaft der Tarifnormen bejaht. ⁵⁾ In der Grundsatzentscheidung - Urteil vom 15. 1. 1955 - ist folgendes ausgeführt: ⁶⁾ "Tarifverträge sind ... Gesetzgebung,

-
- 1) NIPPERDEY, Gleicher Lohn für gleiche Leistung, S. 11 ff.; H. -N., II., S. 260 ff.
 - 2) HUBER, II., S. 431 ff.; NIKISCH, II., S. 216 ff.
 - 3) BAG Bd. 1, S. 258, 348; Bd. 4, S. 125, 249; in: AP Nr. 6 zu Art. 3 GG.
 - 4) BAG Bd. 1, S. 262.
 - 5) Vgl. Anm. 1.
 - 6) BAG Bd. 1, S. 258 ff.

Gesetze im materiellen Sinne, weil sie namentlich in ihren Arbeitsbedingungen objektives Recht für die Arbeitsverhältnisse der Beteiligten setzen." ⁷⁾ Weiter heißt es: "Die Tarifverträge sind autonomes Recht", ⁸⁾ und: die Tarifvertragsparteien leiten "ihre Autonomie zur Rechtsetzung aus ausdrücklicher staatlicher Übertragung im Tarifvertragsgesetz" her. ⁹⁾ Das Bundesarbeitsgericht schließt: wie die Satzungen der Gebietskörperschaften unterliegt das autonom gesetzte Tarifrecht der Grundrechtsbindung. ¹⁰⁾ Die weiteren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts nehmen alle Bezug auf diese Entscheidung. Besondere Erwähnung verdient nur eine Entscheidung noch, da in ihr der Standpunkt des Bundesarbeitsgerichtes noch einmal ausführlich dargelegt ist. ¹¹⁾ Das Gericht sah sich dazu durch Angriffe aus der Rechtslehre veranlaßt. ¹²⁾

7) a. a. O., S. 262.

8) a. a. O., S. 263.

9) a. a. O., S. 264.

10) a. a. O., S. 263 ff.

11) BAG Bd. 4, S. 240.

12) Bereits vor der ersten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wurde die Frage nach der Bindung der Tarifvertragsparteien an den Gleichheitssatz unterschiedlich beantwortet. Bejahend haben sich ausgesprochen: LAG Düsseldorf, in: BB 1953, S. 60; LAG Frankfurt, in: RdA 1953, S. 350; NIKISCH, Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., S. 302 ff. mit vielen Angaben; BEITZKE, Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm vom 30. 11. 1949, in: RdA 1951, S. 40; DERS., Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsrecht, in: RdA 1953, S. 281; DERS., Gleichheit von Mann und Frau, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 222 ff.; BISCHOFF, Der Frauenlohn, in: BB 1950, S. 427; NIPPERDEY, a. a. O. Verneinend haben sich ausgesprochen: SCHMITT-RIMPLER, GIESEKE, FRIESENHAHN, KNUR, Rechtsgutachten: Die Lohngleichheit von Männern und Frauen, in: AöR Bd. 76, S. 168; SCHÄTZEL, Welchen Einfluß hat Art. 3 BGG auf Arbeits- und Tarifverträge?, in: RdA 1950, S. 248; W. JELLINEK, Die Entlohnung der Frau und Art. 3 GG, in: BB 1950, S. 425; MAUNZ, Rechtsgutachten zur Frage, ob Tarifverträge dem Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau unterworfen sind, S. 7 ff. vgl. auch MOLITOR, Die arbeitsrechtliche Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes, in: AcP Bd. 151, S. 385 ff.; NIPPERDEY, Gleicher Lohn für gleiche Leistung, in: RdA 1950, S. 121; dazu VIELHABER, Gleicher Lohn für gleiche Leistung, in: RdA 1951, S. 90.

Abgelehnt haben die Rechtsprechung des BAG: BÖCKENFÖRDE, Der allgemeine Gleichheitssatz, S. 11 f.; KLEIN, Rechtsgutachten über verfassungsrechtliche Fragen des Urteils des Bundesarbeitsgerichtes vom 2. März 1955 betreffend Lohngleichheit von Mann und Frau, S. 14, 19; M. -D.,

2. In Ergänzung zu den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts begründet man im Schrifttum Delegationstheorie folgendermaßen: Die Rechtsnormeneigenschaft der Tarifnormen ergibt sich einmal daraus, daß der Gesetzgeber sie im Tarifvertragsgesetz als solche bezeichnet hat; ¹³⁾ dann aber auch daraus, daß der normative Teil eine unbestimmte Vielzahl von Rechtsverhältnissen, losgelöst von den Besonderheiten der einzelnen Rechtsverhältnisse, regelt, wobei er das Arbeitsverhältnis unabhängig vom Willen der Beteiligten unmittelbar und zwingend gestaltet. ¹⁴⁾ Unmittelbarkeit und Unabdingbarkeit nehmen die Vertreter der Delegationstheorie als kennzeichnend für das ius cogens, das zwingende objektive Recht. ¹⁵⁾

Die Tarifnormen sind kein staatliches sondern autonomes Recht. ¹⁶⁾ Schon das Reichsgericht führte aus: "Die Tarifverträge sind die Vorläufer und die charakteristischen Ausprägungen der für Arbeitsbedingungen und Produktionsentwicklung autonomen Selbstverwaltung durch soziale Selbstverwaltungskörper und der durch die Beteiligten selbst ein Arbeitsrecht schaffenden Berufsgesetzgebung ¹⁷⁾

Fortsetzung der Fußnote 12) von Seite 64:

Anm. 116 zu Art. 1; kritisch: MOLITOR, Zur Frage der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, in: BB 1952, S. 203.

Bejahend haben sich ausgesprochen: BEITZKE, Anmerkung zum Urteil des BAG, in: AP Nr. 4 zu Art. 3 GG; GALPERIN, Gleicher Lohn für Männer und Frauen, in: JZ 1956, S. 105; GAUL, Der Frauenlohn in den Tarifverträgen, in: RdA 1956, S. 254; DERS., Die Bedeutung der Frauenlohnurteile des Bundesarbeitsgerichtes für die Tarifpraxis und ILO Übereinkommen 100, in: RdA 1955, S. 361; HERSCHEL, Gleichberechtigung der Frau und Lohnleichheit, in: BB 1955, S. 290; HUECK, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen: Hildegard KRÜGER, Ein Jahr Bundesarbeitsgericht, in: RdA 1955, S. 244; DIES., Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 15. Jan. 1955, in: NJW 1955, S. 68, vgl. DIES., Die Gleichberechtigung im Arbeitsrecht, in: NJW 1953, S. 1772.

13) BAG Bd. 1, S. 262; H.-N., II., S. 262; HUBER, II., S. 426; H.-N.-T., Anm. 114 f. zu § 1 TVG; "für die Praxis ist (der Theorienstreit) durch § 1 TVG endgültig entschieden." NIKISCH, II., S. 214.

14) H.-N., II., a. a. O., FUEER, II., a. a. O., H.-N.-T., Anm. 24 zu § 4 TVG; MAUS, Anm. 56 zu § 4 TVG; NIKISCH, II., S. 385; SIEG, Der Tarifvertrag im Blickpunkt des Zivilrechts, in: AcP Bd. 151, S. 246 ff.

15) H.-N., II., S. 262.

16) H.-N., II., S. 262; H.-N.-T., Anm. 114 zu § 1 TVG; NIKISCH, II., S. 48 f., 217.

17) RGZ Bd. 107, S. 247.

Das deckt sich mit der Ansicht Nipperdeys: "Träger der Autonomie im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts sind die tariffähigen Berufsverbände. Ihnen hat der Staat im weitesten Umfang das Recht zugestanden, objektives Recht für die Rechtsbeziehungen ihrer Mitglieder zu setzen. Es handelt sich um eine Verwirklichung des sozialen Rechtsstaates, dessen eines Charakteristikum in der Förderung des Selbstgesetzgebungs- und -verwaltungsgedankens und im Aufbau des sozialen Staats von unten nach oben liegt. Man kann diese Art der Aufgabenerfüllung durch die Berufsverbände unter dem Begriff "Soziale Selbstverwaltung" zusammenfassen." ¹⁸⁾ Ausdrücklich hebt Nipperdey hervor, daß im modernen Staat die Befugnis zur Autonomie keine originäre sondern eine vom Staat abgeleitete Befugnis ist; sie ist aus der Staatsgewalt abgespalten und auf die Tarifvertragsparteien delegiert. ¹⁹⁾ Weil es sich um eine delegierte Befugnis handelt, ist es Sache des Staats, Träger und Umfang der Autonomie zu bestimmen sowie die Formen festzulegen, in der sie ausgeübt werden soll. ²⁰⁾ Nach dem Tarifvertragsgesetz steht die Rechtsetzungsbefugnis den Tarifvertragsparteien kraft Gesetzes zu, das heißt, sie bedürfen zum Erwerb der Tarifmacht nicht einer besonderen Verleihung, und sie kann ihnen auch nicht entzogen werden. Der Kreis der tariffähigen Stellen ist somit "offen", wie es Huber ausdrückt. ²¹⁾ Überwiegend fassen die Vertreter der Delegationstheorie den Tarifvertrag als Vertrag auf. Nur Herschel griff einmal auf die Vereinbarung zurück, weil er glaubte mit diesem Begriff dem Tarifvertrag als Rechtssetzungsakt besser gerecht zu werden. ²²⁾ Von dieser Ausnahme abgesehen bezeichnet man den Tarifvertrag, als einen für Dritte rechtsverbindlichen, zweiseitigen korporativen Normenvertrag. Ein Normenvertrag ist ein Vertrag, in dem die Parteien vereinbaren, was Inhalt eines anderen Vertrags sein soll. ²³⁾ Ein bekanntes Beispiel für einen Normenvertrag ist der Richtlinienvertrag, in dem die Parteien die Lieferungsbedingungen festlegen, die für spätere Verträge gelten sollen. ²⁴⁾ Von einem solchen unverbindlichen oder bestenfalls mit schuldrechtlichen Wirkungen aus-

-
- 18) H. -N., II., S. 263; vgl. auch H. -N. -T., Anm. 114 zu § 1 TVG; HUECK, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, S. 27; ROESCH, Rechtsfragen um den Tarifvertrag, in: BlStSozArbR. 1952, S. 135.
- 19) H. -N., a. a. O., HUBER, II., S. 433; NIKISCH, II., S. 216; MAUS, Tarifvertragsgesetz, S. 39.
- 20) H. -N., II., S. 262.
- 21) HUBER, II., S. 433.
- 22) BAG in: AP Nr. 4 zu Art. 3 GG, Bl. 7; H. -N., II., S. 260; HUBER, II., S. 431 f.
- 23) Vgl. dazu HUECK, Normenverträge, in: Iherings Jahrbücher, Bd. 73, S. 47 ff.
- 24) HUECK, a. a. O.

gestatteten Richtlinienvertrag unterscheidet sich der Tarifvertrag in seinem normativen Teil durch seine Rechtsverbindlichkeit. Der Tarifvertrag ist ein zweiseitiger Normenvertrag, weil er zwischen zwei Parteien und ein korporativer, weil mindestens auf einer Seite ein Verband steht. 25)

3. Für Nipperdey ist der Tarifvertrag auch in seinem normativen Teil ein privatrechtlicher Vertrag. Zur Begründung seiner Ansicht zieht er dreierlei heran. 26) Erstens: 27) der Tarifvertrag wird zwischen privatrechtlichen Parteien geschlossen. Die Delegation zur Rechtsetzung hat an dem privatrechtlichen Status der Tarifvertragsparteien nichts geändert. Wie vor der Tarifvertragsverordnung, als der Tarifvertrag noch nicht mit unmittelbarer und zwingender Wirkung ausgestattet war, ist die Gründung der Berufsvereine frei und sie unterliegen keiner staatlichen Aufsicht. Zweitens: 28) der Tarifvertrag wird geschlossen in der privatrechtlichen Form des Vertrages. Für den Vertragsabschluß gelten die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches und insbesondere das die Privatrechtsordnung beherrschende Prinzip der Vertragsfreiheit. "Weder die unmittelbare noch die zwingende Einwirkungen der Arbeitsbedingungen ändern an dieser (der privatrechtlichen) Rechtsform etwas. Ebenso wie das *ius cogens* des Privatrechts um seiner zwingenden Wirkung willen nicht etwa dem öffentlichen Recht zuzuzählen ist, sondern privates Recht bleibt, so ist auch die zwingende Normenwirkung des Tarifvertrags durchaus mit seiner Einreihung in das Privatrecht vereinbar." 29) Drittens: 30) auch der Inhalt des Tarifvertrags ist nicht öffentlich-rechtlich; der Tarifvertrag ist geschlossen zur Regelung privater Rechtsverhältnisse. Das ist nach Nipperdey für die Natur des Tarifvertrags entscheidend: "Gesetz und Verordnung sind öffentliches Recht, auch wenn sie privatrechtliche Verhältnisse regeln. Das gilt aber gerade nicht beim Vertrag. Er ist nur dann ein öffentlich-rechtlicher, wenn sein Gegenstand dem öffentlichen Recht angehört." 31)

Im Gegensatz zu Nipperdey sieht Huber nur den obligatorischen Teil des Tarif-

25) H. -N., II., S. 260 f.

26) Wie NIPPERDEY, HUECK, in: H. -N. -T., Anm. 113 zu § 1 TVG; HERSCHEL, Arbeitsrecht, S. 30; SCHNORR, von CAROLSFELD, Arbeitsrecht, S. 59; WAECHTER, Das Tarifvertragsgesetz, in: MDR 1949, S. 545; MAUS, Tarifvertragsgesetz, S. 49.

27) H. -N., II., S. 256 ff.

28) a. a. O., S. 258.

29) a. a. O.

30) a. a. O., S. 259.

31) a. a. O., S. 260, Anm. 8.

vertrages als einen privatrechtlichen Vertrag an. ³²⁾ Den normativen Teil rechnet er dem öffentlichen Recht zu. Auch für Huber sind die Tarifvertragsparteien Subjekte des Privatrechts. Da ihnen aber vom Staat besondere Aufgaben übertragen sind, bezeichnet er sie als "beliehene Verbände". Dadurch ändert sich am Charakter des Tarifvertrags nichts. Selbst eine öffentlichrechtliche Körperschaft könnte einen privatrechtlichen Vertrag schließen. Ausschlaggebend für die Natur des Tarifvertrags ist vielmehr, daß der Abschluß Rechtssetzungsakt ist. Deshalb ist er wie jeder andere Rechtssetzungsakt dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Diese Auffassung hat in der modernen Literatur im wesentlichen nur in Nikisch einen Anhänger gefunden. ³³⁾

Die praktischen Konsequenzen des Streits sind unbedeutend. ³⁴⁾ Auch die Vertreter der privatrechtlichen Theorie wenden die Regeln des bürgerlichen Gesetzbuches für Verträge nur insoweit an, als es mit dem Wesen eines Tarifvertrags vereinbar ist. Die Vertreter der öffentlichen Theorie werden jeweils auf die Rechtsgedanken der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zurückgreifen, wenn es zur Lösung eines Falls Not tut. ³⁶⁾ Das Bundesarbeitsgericht hat sich nicht ausdrücklich für die eine oder andere Delegationstheorie ausgesprochen. Nipperdey allerdings schließt aus einer Entscheidung, daß es sich für die privatrechtliche Delegationstheorie entschieden habe. ³⁷⁾ Das Bundesarbeitsgericht hatte darüber zu befinden, ob bei Teilnichtigkeit der gesamte Tarifvertrag nichtig ist; das Gericht zog als Auslegungsregel § 139 BGB heran. Auch heißt es in der Entscheidung: "... der Tarifvertrag ist - trotz seines Charakters als ein objektives Recht setzender rechtsverbindlicher Normenvertrag - ein Rechtsgeschäft, wenn auch ein Rechtsgeschäft besonderer Art." ³⁸⁾ Es erscheint zweifelhaft, ob sich das Gericht mit diesen Worten und mit der Berufung auf § 139 BGB auf die privatrechtliche Delegationstheorie festlegen wollte. Auch die Vertreter der öffentlich-rechtlichen Delegationstheorie bestreiten nicht, daß der Tarifvertrag auf Grund eines Rechtsgeschäfts zustande kommt und gegen die Anwendung des § 139 BGB werden sie ebenfalls keine Bedenken haben.

32) HUBER, II., S. 431 ff.

33) NIKISCH, II., S. 218 f., ebenso ZUNFT, Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Zivilprozeßrecht, in: AcP Bd. 152, S. 303; nicht eindeutig MOLITOR, Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, in: RdA 1951, S. 257; für die Tarifnormen zur Zeit der Tarifvertragsverordnung: SINZHEIMER, Grundzüge des Arbeitsrechts, S. 273 ff.

34) H.-N.-T., Anm. 118 zu § 1 TVG; H.-N., II., S. 257 Anm. 3.

35) H.-N., II., S. 207.

36) Vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, S. 256 f.; SIEG, a. a. O., S. 248 f.

37) H.-N., II., S. 257 Anm. 3.

38) BAG in: AP Nr. 4 zu Art. 3.

§ 14

DER TARIFVERTRAG NACH DER RECHTSVERORDNUNGSTHEORIE

1. Dechant ist der Begründer der Rechtsverordnungstheorie; nach seiner Ansicht ist der normative Teil des Tarifvertrags eine Rechtsverordnung.¹⁾ Seiner Theorie liegt die Lehre vom Stufenaufbau des Rechts zugrunde, die Kelsen entwickelt hat. Dechant hat die Hauptgedanken dieser Lehre folgendermaßen zusammengefaßt: "Von der Verfassung als dem angenommenen Ausgangspunkt an bis herab zum Rechtsgeschäft besteht die durchgängige Einheit eines stufenförmigen Aufbaues, der sich von der allgemeinen Form der Verfassung (Verfassungsgesetz) über das Gesetz (einfaches Gesetz), das ja auch nur eine der mehreren Entwicklungsstufen des Rechts darstellt und weiterhin über die Verordnung in zunehmender Konkretisierung bis zu den höchst besonderen Formen des Urteils, Verwaltungsakts und Privatrechtsgeschäfts in seinen subjektiven Rechten und Pflichten erstreckt. Alle diese einzelnen stufenförmig aufeinandergebauten und zueinander im Verhältnis der Unter- und Überordnung stehenden Normensysteme machen zusammen genommen das Gebäude der einheitlichen und einzigen Ordnung des Rechts im Rechtsstaate aus, und zwar wird dieser Zusammenhang durch die sogenannte Delegation hergestellt. In der Ordnung des Rechtsstaates kann die Normsetzungsbefugnis nur zu einer einzigen Stelle bestehen."²⁾ Danach scheint für eine Rechtsetzung durch autonome Körperschaften im Stufenaufbau des Rechts kein Raum zu sein. Das ist jedoch nicht unbedingt zutreffend; Nawiasky, der sich mit der Theorie Kelsens eingehend auseinandergesetzt hat, führt auf der "Verordnungsstufe" Rechtsverordnung und autonomes Recht als gleichwertige Rechtsquellen an.³⁾ Daraus erhellt: Die Stufenlehre allein genügt nicht als Ausgangsposition für die Theorie Dechants. Die Ergänzung ergibt sich aus dem, was Kelsen über den Gegensatz zwischen Demokratie und Selbstverwaltung ausgeführt hat: Demokratie bedeutet die Identität von Herrschenden und Beherrschten; nur solange ist diese Identität gewährleistet als der Gesamtwille der Beherrschten überall unmittelbar zum Ausdruck kommt. Das ist indes nur dann der Fall, wenn der Staat zentralistisch aufgebaut ist, so daß sich jeder Akt der öffentlichen Gewalt auf die oberste

1) DECHANT, Der Kollektivvertrag nach österreichischem und deutschem Recht, S. 34 f.; vgl. auch BECKER, Tarifnormenkollision, S. 6 ff.

2) DECHANT, a. a. O., S. 28 f. vgl. dazu KELSEN, Der soziologische und juristische Staatsbegriff, S. 94; DERS. Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 118 ff.; DERS. Allgemeine Staatslehre, S. 231 ff.; DERS. Reine Rechtslehre, S. 62 ff.

3) NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre, S. 43 ff. (44); DERS., Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenaufbau des Rechts, in: ZföR Bd. 6 (1927), S. 488 ff.

Quelle zurückführen läßt. ⁴⁾ Dieses Bild der Demokratie, das - wie wir später sehen werden - auf Rousseau zurückgeht, ist in der modernen Staatstheorie das Ende einer Entwicklung, deren Anfänge von Gierke beklagte; ⁵⁾ im Gegensatz zum Mittelalter geht die Tendenz des modernen Staates immer mehr dahin, Stück für Stück alle Gewalt an sich zu reißen und das Eigenleben der Korporationen zu töten. Der erste Schritt auf diesem Wege bestand darin, daß man für die Befugnis, autonomes Recht zu setzen, eine staatliche Delegation verlangte. Damit blieben die Korporationen aber immer noch eigenständig. Das Recht, ihnen vom Staat gegeben, konnte sich deshalb unter der Hand in eine Waffe gegen den Staat verwandeln, wenn er in den Eigenbereich des Verbandes eingreifen wollte, um die unerwünschten autonomen Gebilde ganz aus dem Staatsaufbau zu verbannen. Der nächste Schritt besteht darin, daß die Verbände ganz ihrer Autonomie beraubt und zu Staatsstellen degradiert werden. Diesen Gedanken hat Dechant aufgegriffen und konsequent durchgeführt; da alle Rechtsetzungsbefugnis aus der Staatsgewalt fließt, ist alle Rechtsetzung staatliche Rechtsetzung und die Stelle, welche das Recht setzt, eine staatliche Verordnungsstelle.

2. Dechant entwickelte die Rechtsverordnungstheorie für das deutsche und österreichische Tarifvertragsrecht im Jahre 1923, zu einer Zeit also, in welcher die Möglichkeit, zu Rechtsverordnungen zu ermächtigen, verfassungsrechtlich noch nicht so eingeschränkt war wie heute durch Art. 80 GG. ⁶⁾ Es war deshalb leichter möglich, den Tarifvertrag als Verordnung zu deuten. Dechant gesteht zu, daß es nicht der herkömmlichen Vorstellung entspricht, durch Vertrag entstandenes Recht als Verordnungsrecht anzusehen. Von seiner Rechtskonzeption aus mußte er das aber; alles was nicht Gesetzesrecht im formellen Sinne ist, ist Verordnungsrecht. Damit war er gezwungen, den üblichen Verordnungsbegriff zu erweitern, wenn er das Tarifrecht nicht überhaupt als unvereinbar mit seiner Lehre vom Stufenaufbau des Rechts erklären wollte; zur Verordnungsstelle wird jede Stelle, die kraft Delegation Recht setzt.

4) Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 69 ff.; vgl. auch DERS., Allgemeine Staatslehre, S. 364 ff.; ähnlich wie Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 339.

5) v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 144 ff.

6) Dechant, a. a. O.

§ 15

DER TARIFVERTRAG IM STAATSFREIEN RAUM

1. Eine Mittelmeinung zwischen Delegationstheorie und Theorie der originalen Rechtsetzung versuchen diejenigen zu vertreten, die einen sogenannten "staatsfreien Raum" konstruieren, in dem die Berufsvertreter eine "überlassene" Rechtsetzungsbefugnis ausüben. Meissinger führt zum staatsfreien Raum folgendes aus: 1) wird der Einzelmensch als vorstaatliches Wesen gedacht, das ursprünglich sein Dasein frei vom Staat ohne rechtliche Bindung gestaltete, so liegt es nahe, den Gesamtraum der individuellen Daseinsgestaltung vor der Staatenbildung als einen staatsfreien Raum zu bezeichnen, über den der einzelne kraft Naturrechts frei verfügen konnte. Dieser ursprüngliche "staatsfreie Raum" wird durch die Bildung des Staates, soweit es den Beteiligten als notwendig erscheint, eingeschränkt. Soweit Einschränkungen nicht notwendig sind, bestehen "staatsfreie" und "Staatsraum" nebeneinander. Denkbar ist es nun aber auch, daß die einzelnen bei der Staatsbildung den gesamten "Raum" dem Staat übertragen haben, während der Staat seitens wiederum "Raum" zurückgegeben hat. Auch dieser Raum ist als staatsfreier Raum, in dem für die Selbstverwaltung Platz ist, zu bezeichnen. Meissinger wägt beide Modellvarianten gegeneinander ab und findet die Synthese: "Der Staat gewährt staatsfreien Raum der Selbstverwaltung nicht nur aus Gnade, sondern in verfassungsmäßiger Anerkennung der Freiheit des einzelnen und eigener Freiheits- und Verwaltungsrechte auch des einzelnen, soweit dies dem Staatszweck nicht widerspricht. Bei dieser Betrachtung steht der staatsfreie Raum zur Selbstverwaltung also sowohl im staatlichen als auch im individuellen Recht. Das würde bedeuten, daß der Staat da, wo überhaupt die Zubilligung staatsfreien Raums in Frage kommt, schon in seinem Dulden Staatsfreiheit gewährt, also nicht etwa ausdrücklich von Fall zu Fall zu delegieren braucht. ..." 2)

2. In diesem staatsfreien Raum entfaltet sich die sogenannte soziale Selbstverwaltung 3) zu der auch der Anschluß der Tarifverträge zu rechnen ist. Die Vereinbarung der zwingenden Arbeitsbedingungen ist also eine Tätigkeit, welche die

1) MEISSINGER, Die Gewerkschaften im staatsfreien Raum der sozialen Selbstverwaltung, in: ArbUR 1955, S. 339.

2) MEISSINGER, a. a. O.

3) MEISSINGER, a. a. O., S. 339; REUSS, Die Stellung des kollektiven autonomen Arbeitsrechts im Rechtssystem, in: ArbUR 1958, S. 321. ERDMANN, Die soziale Selbstverwaltung in ihrer rechts- und staatspolitischen Bedeutung, in: Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht, Festschrift für F. Sitzler, S. 45, 47.

Tarifvertragsparteien innerhalb ihres staatsfreien Raums vornehmen. ⁴⁾ Reuss und Erdmann, die der Lehre vom staatsfreien Raum folgen, bezeichnen das Rechtsetzungsrecht der Tarifvertragsparteien nicht als ein originäres Recht; ⁵⁾ sie sprechen von einem überlassenen Recht. ⁶⁾ Dieser Ansicht scheint auch Maunz anzuhängen; er meint, daß den Berufsverbänden keine hoheitliche Normsetzungsgewalt delegiert "übertragen" sondern wegen Art. 9 Absatz 3 GG überlassen werde. ⁷⁾

Im Rahmen des Überblicks über die Tarifvertragstheorien müssen wir uns mit dieser nur bruchstückhaft formulierten Lehre begnügen; im Verlaufe des zweiten Teils werden wir den Unterschied zwischen übertragener und überlassener Rechtsetzungsmacht zu ergünden suchen.

4) REUSS, a. a. O.; ERDMANN, a. a. O.

5) REUSS, a. a. O., S. 322; ERDMANN, a. a. O., S. 44, 47.

6) REUSS, a. a. O., S. 321; ERDMANN, a. a. O.

7) M. -D., Anm. 33 zu Art. 80 GG dazu auch MAUNZ, Rechtsgutachten zur Frage, ob Tarifverträge dem Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau unterworfen sind, S. 7; HUECK, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, S. 29; KLEIN, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 112.

Z W E I T E R T E I L

KRITISCHE WÜRDIGUNG: DIE VERFASSUNGSRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT DER ZWINGENDEN WIRKUNG

ERSTER ABSCHNITT DIE RECHTSNATUR DES TARIFVERTRAGS

§ 16

DIE TARIFNORMEN ALS RECHTSNORMEN

1. In allen Tarifvertragstheorien sind mehr oder weniger ausführlich zwei Fragen behandelt. einmal: sind die Tarifnormen Rechtsnormen im Sinne von Normen des objektiven Rechts? Zum anderen: wie ist der Tarifvertrag in unser Rechtssystem einzuordnen? Diese zweite Frage ist nicht ohne die erste zu beantworten, wie wir bei der Darstellung der Tarifvertragstheorien gesehen haben. Gegenstand des zweiten Teils soll sein, die zwingende Wirkung der Tarifnormen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung zu überprüfen. Deshalb haben wir uns in den beiden folgenden Paragraphen zunächst mit der Rechtsnatur der Tarifnormen zu beschäftigen.

"Eine Rechtsnorm ist eine Vorschrift für das äußere Verhalten, an deren Nichtbefolgung Vollstreckungszwang oder Strafe anknüpft." ¹⁾ Nach dieser Definition ist - anders als nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie - ²⁾ die Rechtseigenschaft nicht auf die erklärte Überzeugung einer Gemeinschaft beschränkt. Wenn Rechtsetzungsbefugnis zusteht, ist in der eingangs wiedergegebenen Definition Nawiaskys nicht gesagt. Deshalb verdient diese Definition insoweit sicher den Vorzug vor jener der genossenschaftlichen Rechtstheorie, denn begrifflich ³⁾

-
- 1) NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre, S. 13; vgl. dazu auch Kelsen, Hauptproblem der Staatsrechtslehre, S. 228 ff.; DERS., Reine Rechtslehre, S. 34 ff.; G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 334 ff.
 - 2) Otto von GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 113.
 - 3) NAWIASKYS Anliegen in der Allgemeinen Rechtslehre ist, das Handwerkszeug der Juristen klarzulegen, das heißt: Begriffe zu klären und die Strukturen des positiven Rechts aufzuzeigen (vgl. Vorwort zur ersten und zweiten Auflage und S. 1 ff. zum Gegenstand der allgemeinen Rechtslehre).

erfordert die Rechtsnormeneigenschaft einer Norm nicht, daß sie der erklärten Überzeugung einer Gemeinschaft entstammt. Der weitere Unterschied zwischen Nawiaskys und von Gierkes Begriffsbestimmung ist für unsere Untersuchung nicht erheblich: Nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie genügt es, um eine Rechtsnorm von einer Norm der Konvention zu unterscheiden, daß sie die Tendenz hat, durch äußere Macht Geltung zu erreichen, Nawiasky dagegen verlangt die Zwangsbewehrung der Norm, wobei nur der organisierte Zwang in Form des Vollstreckungszwangs und der Strafe entscheidend ist. ⁴⁾ Da aber jede Norm, die im Sinne Nawiaskys zwangsbewehrt ist, auch nach unbedingter Geltung mit Hilfe äußerer Macht im Sinne von Gierkes strebt, wird dieser Unterschied in der Regel nur dann, wenn die Qualifikation einer Naturrechtsnorm oder die Norm einer primitiven Rechtsordnung in Frage steht, praktisch. ⁵⁾ Deshalb legen wir der folgenden Untersuchung über die Rechtsnatur der Tarifnormen die Begriffsbestimmung Nawiaskys zugrunde.

Bevor wird uns der Qualifikation der Tarifnormen zuwenden, wollen wir uns zunächst einen Überblick über die verschiedenen Arten der Rechtsnormen verschaffen! Gesetz, Urteil ⁶⁾ und Verwaltungsakt aber auch das Rechtsgeschäft enthalten nach unserer Definition in gleicher Weise Rechtsnormen. ⁷⁾ Als Beispiel für eine gesetzliche Rechtsnorm sei die Pflicht, den Kaufpreis zu zahlen, genannt; das Gesetz gebietet: du, Käufer, zahle den Kaufpreis, für den gekauften Gegenstand. (§ 433 Absatz 2 BGB). Die Zwangsbewehrung ergibt sich aus der Zivilprozeßordnung (§§ 803 ff. ZPO: Vollstreckung wegen einer Geldforderung). Als Beispiel für eine rechtsgeschäftliche Rechtsnorm nehmen wir die Vereinbarung zwischen einem bestimmten Käufer und Verkäufer für ein Moped 500 Mark

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 73:

Der Begriff der Rechtsnorm ist unabhängig davon, ob die konkrete Norm Recht enthält: auch eine verfassungswidrige Norm ist zunächst eine Rechtsnorm. (Vgl. dazu a. a. O., S. 12, 24 f.).

- 4) NAWIASKY, a. a. O., S. 12 f.
- 5) Vgl. dazu a. a. O., S. 24 für das Naturrecht; S. 52 für das primitive Recht.
- 6) Urteil steht hier nicht nur für das Urteil im technischen Sinne sondern für jede richterliche Entscheidung, auch wenn sie in Beschlußform ergeht. Vgl. dazu NAWIASKY, a. a. O., S. 228.
- 7) NAWIASKY, a. a. O., S. 45 ff.; die Einbeziehung der individuellen Rechtsakte zu den Rechtsnormen führt zur "einheitlichen Durchkonstruktion des gesamten Rechtsgebäudes" (a. a. O., S. 46), zur Lehre vom Stufenaufbau, vgl. dazu KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 228 ff.; NAWIASKY, a. a. O., S. 46 ff.; insbes. S. 48 ff., dort modifiziert NAWIASKY die Lehre KELSENS zur Ermächtigungsstufentheorie.

zu zahlen; du, Käufer, zahle 500 Mark für dieses Moped. Wie bei der abstrakten Zahlungspflicht folgt die Zwangsbewehrung aus der Zivilprozeßordnung. Zahlt der Käufer nicht, so ergeht auf die Klage des Verkäufers ein Urteil gegen den Käufer, das seine Pflicht zur Kaufpreiszahlung ausspricht. Das Urteil ist ebenfalls nach den genannten Vorschriften der Zivilprozeßordnung vollstreckbar. Damit ist gleichzeitig die Rechtsnormeneigenschaft eines Urteils erwiesen. Für den Verwaltungsakt gilt nichts anderes; eine Abrufsverfügung zum Beispiel enthält an den Adressaten ein bestimmtes Gebot, das mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchsetzbar ist.

Die Rechtsnormen eines Urteils, eines Verwaltungsakts und eines Rechtsgeschäfts unterscheiden sich aber in folgendem von den Rechtsnormen eines Gesetzes: Die Zwangsbewehrungen der gesetzlichen Rechtsnormen sind jeweils im Gesetz enthalten; sie entstammen also der gleichen "Rechtsstufe": die Zwangsbewehrungen für die übrigen Rechtsnormen folgen nicht aus dem Rechtsgeschäft, dem Urteil und dem Verwaltungsakt selbst, sondern auch aus dem Gesetz - der Zivilprozeßordnung, dem Strafgesetzbuch - also einer höheren "Rechtsstufe". Da Rechtsgeschäft, Urteil und Verwaltungsakt an eine gesetzliche Rechtsnorm anknüpfen, die ihrerseits Zwangsbefehl ist,⁸⁾ faßt man Rechtsgeschäft, Urteil und Verwaltungsakt unter Rechtsanwendung zusammen.⁹⁾ Demgegenüber läßt sich auch ein Gesichtspunkt finden, der gesetzliche und rechtsgeschäftliche Rechtsnormen verbindet und von den Rechtsnormen aus Urteil und Verwaltungsakten trennt: Urteil und Verwaltungsakt haben gemeinsam, daß sie nur zur Regelung eines Einzelfalls ergehen; sie sind individuelle Rechtsnormen. Anders das Gesetz und das Rechtsgeschäft: Beide sind als generelle und individuelle Regelungen denkbar.¹⁰⁾ Beispiel für ein individuelles Gesetz ist das Maßnahmengesetz.¹¹⁾ Beispiel für ein Rechtsgeschäft, das zum Teil wenigstens generelle Rechtsnormen enthält, ist der Gesellschaftsvertrag, in dem folgende Bestimmung getroffen sein konnte: jeder geschäftsführende Gesellschafter hat über ein abgeschlossenes Geschäft unverzüglich der Gesellschaft Rechnung zu legen.

... Wenden wir uns nach diesen allgemeinen Abgrenzungen wieder unserer Ausgangsfrage zu; wie sind die Tarifnormen zu qualifizieren? Die Tarifnormen sind Rechtsnormen: das bedarf keiner weiteren Begründung mehr. Damit ist aber noch nicht entschieden, zu welcher Art von Rechtsnormen die Tarifnormen zu rechnen sind. Sind sie gesetzlich oder sind sie rechtsgeschäftliche Rechtsnormen? Nehmen

8) NAWIASKY, a. a. O., S. 47.

9) a. a. O.

10) a. a. O., S. 52, 218 ff.

11) a. a. O., S. 52.

wir zum Beispiel die Tarifnorm über den Mindestlohn; das Gebot lautet: du, Arbeitgeber, sollst an jeden deiner Arbeiter, soweit er Gewerkschaftsmitglied ist, drei Mark pro Stunde zahlen. Zahlt er nur zwei Mark, so muß der Arbeiter klagen, und nach der Zivilprozeßordnung gegen den Dienstherrn vollstrecken lassen. Ein Vorgang, der nicht anders wäre, wenn sich der Arbeitgeber der Gewerkschaft gegenüber in einem Vertrag zugunsten Dritter verpflichtet hätte, auch die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nach Tarif zu entlohnen und säumig geworden wäre. Insoweit sind die Tarifnormen als rechtsgeschäftliche Normen denkbar. Ein anderes Ergebnis könnte sich jedoch zeigen, wenn wir eine Tarifnorm untersuchen, die den Arbeitnehmer zu etwas verpflichtet. Beispiel: du, Arbeitnehmer, sollst jeden Tag acht Stunden arbeiten. Warum muß sich der Arbeiter diesem Gebot fügen, da er sich selbst zu dieser Leistung nicht verpflichtet hat? Folgt nicht aus der Tatsache der Verpflichtung notwendig, daß die Tarifnormen keine rechtsgeschäftlichen Rechtsnormen sein können?

a) Die Tarifnormen wären gesetzliche Rechtsnormen, wenn ein Eingriff in ein Recht - darunter fassen wir auch die Verpflichtung zu einem Tun - ohne Zustimmung des Betroffenen durch einen Privaten nicht denkbar wäre. Es lassen sich aber eine ganze Reihe von Beispielen finden, in denen einseitig ein Privater in die Rechtssphäre eines anderen eingreift. ¹²⁾ Zum Beispiel entsteht nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag dem Geschäftsherrn nach § 683 BGB die Verpflichtung, dem Geschäftsführer die Aufwendungen zu ersetzen, ohne sein Zutun. Wer dieses Beispiel als Ausnahme, "die nur die Regel beweist", abtun möchte, mag folgendes überlegen: die Begründung einer Rechtspflicht ist begrifflich gleichwertig mit der Wirkung eines Gestaltungsrechts. Beispiel: die Kündigung eines Mietverhältnisses aus wichtigem Grund durch den Vermieter. Hat der Mieter die gemietete Sache noch nicht in Besitz, dann verliert er mit Kündigung unmittelbar seinen Mietanspruch. Hat er die gemietete Sache in Besitz, dann geht sein Mietanspruch in gleicher Weise unter, zusätzlich entsteht mit Kündigung gegen den Mieter ein Anspruch des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache. Der Gesetzgeber hat also an die Voraussetzungen des Kündigungsrechts für den Vermieter nicht einen Anspruch gegen den Mieter geknüpft, auf den Mietanspruch zu verzichten, sondern dem Vermieter das Recht gegeben, den Mietanspruch unmittelbar zu vernichten. Die Kündigung hat selbst Vollstreckungswirkung, vergleichbar mit einem Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung, mit dessen Rechtskraft die Willenserklärung nach § 894 ZPO als abgegeben gilt. Die Kündigung ist deshalb auch eine Rechtsnorm, obwohl sie ausdrücklich weder ein Gebot noch ein Verbot enthält.

12) Vgl. dazu NAWIASKY, a. a. O., S. 224 ff.

Mit der Kündigung - einer einseitigen Erklärung - greift der Vermieter in die Rechtsposition des Mieters ein. Die Tatsache, daß Mieter und Vermieter in einem Vertragsverhältnis stehen, ändert an der Eingriffswirkung der Kündigung nichts. Der Vermieter übt die Kündigung nicht als ein vertraglich eingeräumtes Recht aus, zu dem der Mieter im Vorhinein seine Zustimmung gegeben hat, sondern als ein gesetzlich gewährtes. Ob mit dem "Sätzlein" *volenti non fit iniuria* ¹³⁾ der Eingriff zu rechtfertigen ist, können wir hier dahinstehen lassen.

Ein anderes Beispiel, das auch das Bundesverfassungsgericht beschäftigt hat! Nach § 9 Umwandlungsgesetz ¹⁴⁾ kann die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft die Übertragung des Vermögens auf eine bestehende offene Handelsgesellschaft beschließen, wenn sich mehr als drei Viertel des Grundkapitals in der Hand der oHG befinden. Damit werden die übrigen Aktionäre gezwungen, ihre Anteile auf die oHG zu übertragen. Auch das ist ein Fall, in dem ein Privatmann durch eine einseitige Maßnahme in die Rechte anderer eingreift.

In keinem der zitierten Beispiele ist bis jetzt versucht worden, die Eingriffsakte aus dem rechtsgeschäftlichen Bereich herauszunehmen und sie als Hoheitsakte zu qualifizieren. Deshalb ist es nicht möglich, eine Rechtsnorm, weil sie Eingriffswirkung hat, nicht mehr als rechtsgeschäftliche Rechtsnorm anzusehen. Mit Nawiasky könnte man sagen, der logische Vorgang ist bei jeder Vornahme eines konkreten Rechtsaktes gleich: der Inhalt einer individuellen Rechtsnorm wird bestimmt, ¹⁵⁾ und die Ansicht vertreten, zwischen den verschiedenen individuellen Rechtsnormen bestehe kein Unterschied.

b) Die vorstehenden Überlegungen scheinen erwiesen zu haben, daß alle individuellen Rechtsnormen gleichwertig sind. Das ist jedoch nicht zutreffend; Urteil und Verwaltungsakt haben mit den gesetzlichen Rechtsnormen die Funktion der endgültigen Entscheidung gemeinsam. Vergegenwärtigen wir uns diese Funktion zunächst an den individuellen Rechtsakten: Urteil und Verwaltungsakt. Beide sind im Gegensatz zum Rechtsgeschäft mit autoritärer Kraft, wie Nawiasky sagt, ausgestattet. ¹⁶⁾ Wodurch ist die autoritäre Kraft eines Urteils gekennzeichnet? Dem Urteil ist formelle und materielle Rechtskraft eigen. Die formelle Rechtskraft bedeutet eine Bestandsgarantie. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist oder,

13) Vgl. dazu FECHNER-SCHNEIDER, Nochmals: Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Altienrecht, S. 52.

14) Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften vom 12. November 1956 (BGBl. I., S. 844).

15) NAWIASKY, a. a. O., S. 121.

16) NAWIASKY, a. a. O.

nachdem der Instanzenzug erschöpft ist, ist die Entscheidung unaufhebbar. Die materielle Rechtskraft schafft die unumstößliche Bindung der Streitenden an den Urteilsausspruch. Für den Verwaltungsakt ersparen wir uns Entsprechendes auszuführen.

Anders ist es bei den rechtsgeschäftlichen Rechtsnormen. Das Gebot für das gekaufte Moped 500 Mark zu zahlen, ist nur grundsätzlich zwangsbewehrt; seine autoritäre Kraft erhält es erst durch ein entsprechendes Urteil. Nicht anders ist die Rechtslage in den zitierten Fällen, in denen Private in Rechte Privater eingreifen. Der Geschäftsführer ohne Auftrag kann seinen Anspruch, wenn der Geschäftsherr freiwillig nicht leistet, erst nach Klage zwangsweise durchsetzen. Entsprechendes gilt für den Vermieter hinsichtlich seines Anspruchs auf Rückgewähr der Mietsache. Liegen die Voraussetzungen des Kündigungsrechts vor, dann ist zwar das Mietverhältnis mit Ausübung des Gestaltungsrechts aufgelöst, die Mietsache erlangt der Vermieter, soweit der Mieter die Herausgabe verweigert, erst mit einem vollstreckbaren Leistungsurteil. Aber auch hinsichtlich des Erlöschens des Mietanspruchs gilt nichts anderes: Wenn auch die Kündigung eine Art Vollstreckungswirkung hat - der Mietanspruch des Vermieters gegen den Mieter erlischt - ist der Vermieter dem Drängen des Mieters, der sich nicht fügt, solange ausgesetzt, als nicht rechtskräftig dahingehend entschieden ist, daß dem Mieter kein Anspruch mehr zusteht. Noch ein weiteres ist hervorzuheben: die Kündigung als Rechtsakt, der in die Rechte des anderen eingreift, hat nur dann - im Gegensatz zum Eingriff durch Urteil oder Verwaltungsakt - die Wirkung eines Eingriffsaktes, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nach bürgerlichem Recht vorliegen. Liegen sie nicht vor, so ist die Kündigung unwirksam. Fehlt einer Abrißverfügung die gesetzliche Grundlage, dann kann sie dennoch vollstreckt werden und wird mit Ablauf der Rechtsmittelfrist unanfechtbar.

Was wir soeben für Urteil und Verwaltungsakt entwickelt haben, läßt sich auf die gesetzlichen Rechtsnormen übertragen. Wie das Urteil die konkrete endgültige Streitentscheidung ist, bedeutet eine generelle gesetzliche Rechtsnorm die abstrakte endgültige Entscheidung. Das zeigt ein Vergleich zwischen dem rechtsgeschäftlichen Gebot, den Kaufpreis zu zahlen und dem gesetzlichen Gebot nach § 433 Absatz 2 BGB. Worüber wird gestritten, wenn der Käufer sich weigert, den Kaufpreis zu entrichten? Über die Voraussetzungen der Pflicht, den Kaufpreis zu zahlen. Sind die Voraussetzungen des Kaufpreisanspruchs gegeben, dann muß der Käufer die Rechtsfolge hinnehmen, weil es das Gesetz so vorgeschrieben hat, und nicht weil sie den Kaufpreis vereinbart haben. Die Richtigkeit dieses Gedankenganges beweist zum Beispiel die gesetzliche Regelung der Wette. § 762 Absatz 1 Satz 1 BGB bestimmt, daß durch die Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet wird. Hieraus sieht man, daß die Vereinbarung zwischen den Parteien aus sich selbst keine Verbindlichkeit erzeugen kann, sondern ein autoritäres

Gebot voraussetzt, das an ein bestimmtes Verhalten eine Rechtsfolge knüpft. Die gesetzliche Regelung der Kaufpreiszahlungspflicht macht also einen Streit zwischen den Parteien darüber unmöglich, ob aus einem Vorgang, der rechtlich gewertet ein Kaufvertrag ist, die Pflicht des Kaufers, den Kaufpreis zu zahlen, folgt oder nicht. Diese Wirkung der gesetzlichen Rechtsnorm ist durchaus vergleichbar mit der eines Urteils. Allerdings gibt es bei einem Gesetz keine Rechtskraft, sondern nur, wie bei Hoheitsakten allgemein, eine Gültigkeitsvermutung oder ein Rechtsschein für die Wirksamkeit. ¹⁷⁾

c) Der Unterschied, den wir im vorangegangenen Abschnitt gefunden haben, mag vielleicht für eine wertfreie Rechtstheorie wenig bedeuten, unter verfassungsrechtlichem Gesichtspunkt ist er, wie sich im folgenden noch zeigen wird, sehr erheblich. Nach Art. 1 Absatz 3 GG sind nur Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung grundrechtsgebunden, während sich die Grundrechtsbindung der Privatakte nicht ohne weiteres ablesen läßt. ¹⁸⁾ Folgt man der Ansicht, nach der die Grundrechte nur ausnahmsweise das Handeln Privater binden, ist die Unterscheidung zwischen Amtsakten und Privatakten wegen der Frage, ob ein Rechtsakt grundrechtsgebunden ist, erheblich. Sie ist aber auch für die Vertreter der Drittwirkungstheorie bedeutsam: die Drittwirkung der Grundrechte setzt begrifflich voraus, daß die unmittelbare Wirkung nicht eingreift.

Wie können wir Privatakte von Hoheitsakten trennen? Zunächst ist hervorzuheben, daß folgende Überlegung zu keinem Kriterium führt: Man könnte meinen, ein

17) Vgl. dazu z.B.: Peter SCHNEIDER, In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 270 ff.

18) Die Drittwirkung der Grundrechte ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten. Die unmittelbare Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr wird vor allem von NIPPERDEY, Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 1 ff., vertreten. Ihm folgt der erste Senat des Bundesarbeitsgerichts. Verwiesen sei vor allem auf das "Zölibatsurteil" dieses Senats, in: NJW 1958, S. 1688, worin es die Drittwirkung der Art. 1 Absatz 1, 2 Absatz 2, 6 GG bejaht hat. Dagegen hält die überwiegende Meinung, der auch das Bundesverfassungsgericht im "Lüthurteil" (Bd. 7, S. 198), folgt, daran fest, daß die Grundrechte grundsätzlich nur mittelbar über die Generalklauseln - §§ 242, 226 BGB, bei Monopolstellungen und Verletzung des "ordre public" (Beispiel: Juden werden hier nicht bedient!) - auf den Privatrechtsverkehr einwirken. Vgl. dazu DÜRIG, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung (Festschrift für NAWIASKY), S. 157; und die Übersicht bei M.-D., Anm. 127 ff. zu Art. 1 Abs. 3 GG.

Privatakt sei der Akt einer Privatperson, ein Amtsakt der einer Amtsperson. Wer ist aber eine Privatperson, wer eine Amtsperson? Wird ein Akt, der üblicherweise von einer Amtsperson ausgeführt wird, zum Privatakt, wenn seine Vorahme etwa durch Gesetz einem Privatmann übertragen wird? Nein, denn bejahte man das, so hätte es der Staat in der Hand, die unmittelbare Grundrechtsbindung auf diesem Weg zu umgehen. Und noch ein zweiter Gesichtspunkt ist heranzuziehen: Da in aller Regel der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich zulässiger Weise, dem, der das Gesetz ausgeführt, einen Ermessensspielraum läßt, wäre dann, wenn nur gegen das Gesetz angegangen werden könnte, wegen Ermessensmißbrauch kein Rechtsschutz gegeben. Diese Überlegung beweist, daß für die Qualifikation eines Rechtsaktes nicht entscheidend ist, wer ihn setzt; entscheidend sind allein die Wirkungen des Aktes, also: ob er die Funktion einer endgültigen Entscheidung hat. Die Unterscheidung zwischen Privatakten und Amtsakten danach, ist nicht willkürlich, sondern gerade im Hinblick auf ihren Zweck, grundrechtsgebundene von nicht grundrechtsgebundenen zu trennen, sinnvoll. Der endgültige Zwang einem Privatmann gegenüber folgt, wenn ein anderer Privatmann eingegriffen hat, nur aus einem grundrechtsgebundenen Akt: einem Urteil oder Verwaltungsakt.

Wonach ist zu entscheiden, ob ein Rechtsakt die Funktion einer endgültigen Entscheidung hat? Bei der Pflicht, den Kaufpreis zu zahlen, wissen wir: wird vollstreckt, so war das Gebot amtlich, wird geklagt, war es rechtsgeschäftlich. Ob geklagt werden muß oder ob vollstreckt werden kann, sieht man einem Gebot nur dann an, wenn das eine oder andere gesagt ist, oder sich aus den Umständen ergibt. Das bedeutet: es steht dem Gesetzgeber zu, bei einer Norm zu bestimmen, ob sie mit autoritärer Kraft ausgestaltet ist oder nicht. Das abstrakte Gebot, den Kaufpreis für eine gekaufte Sache zu entrichten, ist ein autoritäres Gebot, weil es in einem Gesetz enthalten ist; das entsprechende individuelle eines Urteils, weil das in der Zivilprozeßordnung steht; das entsprechende individuelle aus einem Vertrag nicht, weil es die Klagemöglichkeit gibt. In anderen Fällen, insbesondere bei allen Rechtsakten, die von Privaten ausgehen, kann es schwieriger sein zu bestimmen, ob sie amtliche Akte oder Privatakte sind. Meistens hat der Gesetzgeber sich damit begnügt, irgendjemandem eine Befugnis zu schaffen, ohne die Wirkungen auf den Staatsbürger näher zu kennzeichnen. In einem solchen Fall kann nur eine eingehende Untersuchung über die Stellung der Person, welche die Befugnis ausübt, Aufschluß geben. Ergibt die Untersuchung, daß die Befugnis als rechtsgeschäftliche vom Gesetzgeber gedacht ist, dann ist ihre Ausübung grundsätzlich, soweit man nicht der Drittwirkungslehre folgt, nicht grundrechtsgebunden. Das bedeutet nicht, daß der Gesetzgeber, die Grundrechte dadurch außer Kraft setzen könnte, in dem er unbeschränkt Befugnisse auf Dritte überträgt. Hier gilt der Satz, den Schneider in der Auseinandersetzung um § 9 des Umwandlungsgesetzes gegen die Zulässigkeit dieser Vorschrift ins Feld geführt

hat; der Staat kann einem Privatmann einem anderen Privatmann gegenüber nicht ein Recht einräumen, das er selbst diesem gegenüber nicht hat. ¹⁹⁾

d) Was bedeutet dieses Ergebnis für die Qualifikation der Tarifnormen? Haben die Tarifnormen autoritäre Kraft? Die Tarifnormen - zum Beispiel die Bestimmung über die Lohnzahlung oder die Arbeitszeit - enthalten über die besprochenen Gebote hinaus noch zusätzlich das Verbot an den Arbeitnehmer, im Arbeitsvertrag etwas vom Tarifvertrag zu seinen Ungunsten Abweichendes zu vereinbaren. Auch dieses Verbot ist eine Rechtsnorm im Sinne unserer Definition. Sie ist zwangsbewehrt, denn die Rechtsfolge eines Verstoßes ist die Nichtigkeit der abweichenden Vereinbarung. Einer geordneten Zwangsvollstreckung, das heißt der Anwendung eines organisierten Zwangs, bedarf es nicht, da alles, was eine Zwangsvollstreckung erreichen könnte, automatisch kraft Gesetzes eintritt. Ist diese Rechtsnorm, vielleicht vergleichbar mit der Kündigung, rechtsgeschäftlich denkbar oder ist es eine gesetzliche Rechtsnorm? Um diese Frage zu beantworten, wollen wir zunächst davon absehen, daß die Norm nicht für und gegen jeden Arbeiter gilt, sondern nur den trifft, der Gewerkschaftsmitglied ist. Wir behandeln also im folgenden das Gebot, keine vom Tarifvertrag abweichende ungünstige Vereinbarungen zu treffen, als habe es irgendjemand, der keinerlei Beziehungen zu dem Arbeiter hat, erlassen.

An Beispielen aus dem Recht der Geschäftsunfähigen, das auch Ramm zur Stütze seiner Tarifvertragstheorie herangezogen hat, ²⁰⁾ wird sich zeigen, daß eine solche Norm wie die Norm aus einem Urteil, Verwaltungsakt oder Gesetz mit autoritärer Kraft ausgestaltet ist. Nach § 104 Nr. 2 BGB ist der wegen Geisteskrankheit Entmündigte geschäftsunfähig. Ist diese Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches eine Rechtsnorm? Nach dem Wortlaut enthält sie zwar weder ein Gebot noch ein Verbot, dennoch ist ein Verbot an den Entmündigten impliziert. Es lautet: Du, Entmündigter, sollst dich rechtsgeschäftlich nicht betätigen. Die Zwangsbewehrung ergibt sich aus § 105 Absatz 1 BGB, wonach die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig ist. Einer darüber hinaus gehenden gesonderten Zwangsvollstreckung bedarf es hier nicht, da kraft Gesetzes die vom Gesetz gewollte Wirkung eintritt. Die Vorschrift ist mit autoritärer Kraft ausgestattet: die Rechtsfolge der Geschäftsunfähigkeit für einen wegen Geisteskrankheit Entmündigten steht endgültig und verbindlich fest. Zum Entmündigungsbeschluß selbst ließe sich ähnliches auf führen wie zu § 104 Nr. 3 BGB. Er ist das indivi-

19) Vgl. dazu FECHNER-SCHNEIDER, a. a. O., bes. S. 51; das Bundesverfassungsgericht, in: BB 1962, S. 900 ff. folgt im Ergebnis SCHNEIDER nicht, prüft aber gleichwohl, ob die strittige Bestimmung des Umwandlungsgesetzes mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar ist.

20) RAMM, Die Parteien des Tarifvertrags, S. 90.

duelle Gegenstück zur generellen Regelung des bürgerlichen Gesetzbuches. Aus diesen Überlegungen ergibt sich für die Qualifikation der Tarifnormen folgendes: Ramm hat zutreffend die Stellung der Arbeiter mit der Stellung von Entmündigten verglichen. Der weitere Vergleich, wonach die Tätigkeit der Gewerkschaft der eines Vormundes entspricht, erfaßt die Bedeutung der gewerkschaftlichen Tätigkeit nur zur Hälfte. In der Vereinbarung der Tarifnormen fällt Entmündigung und Vormundschaftstätigkeit zusammen. Im Gegensatz zur "normalen" Entmündigung ist der Arbeitnehmer, solange kein Tarifvertrag geschlossen ist, voll geschäftsfähig, entmündigt wird er erst mit Inkrafttreten eines Tarifvertrags und dann auch nur soweit, wie die Tarifvertragsparteien im Tarifvertrag festlegen. Sowenig die Entmündigung wegen Geisteskrankheit als Vollzugsakt zu § 104 Nr. 3 BGB rechtsgeschäftlich denkbar ist, so wenig sind es die Akte der partiellen Entmündigung durch den Abschluß eines Tarifvertrags. Mit der weiteren Frage, ob die Tarifnormen deshalb gesetzliche Rechtsnormen sind, werden wir uns im nächsten Paragraphen beschäftigen.

§ 17

DIE TARIFNORMEN ALS GESETZLICHE RECHTSNORMEN

1. Wir schlossen den letzten Paragraphen mit der Feststellung, daß die Rechtsnormen des Tarifvertrags die Eigenschaften besitzen, die den gesetzlichen Rechtsnormen zukommen; wir ließen bei dieser Untersuchung allerdings unberücksichtigt, daß die Arbeitnehmer "willensmäßig" an den Tarifnormen beteiligt sind. Mit diesem Faktum und mit der Frage, ob die Tarifnormen auch in Wirklichkeit gesetzliche Rechtsnormen sind, haben wir uns hier zu beschäftigen.

a) Allgemein wird man sagen müssen, daß ein amtlicher Rechtsakt nicht zwingend dadurch zum privaten Rechtsakt wird, daß ein Privatmann willensmäßig an ihm beteiligt ist. Das beweist das Institut des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts. Darüber hinaus ließe sich überlegen, ob nicht unsere Fragestellung - verlieren die Tarifnormen ihren autoritären Charakter dadurch, daß ihre Geltungskraft eine freie Entscheidung des Arbeiters voraussetzt? - falsch ist, weil schlechthin jeder Hoheitsakt, anders als Jacobi und ihm folgend Ramm meinen, in gleicher Weise wie die Tarifnormen auf den Willen des Betroffenen zurückführbar ist. Nehmen wir folgende Fälle! Die Gemeinde Adorf kann von dem Bürger B erst dann Steuern verlangen, wenn er seinen Gewerbebetrieb oder seinen Wohnsitz auf das Gemeindegebiet gelegt hat. Der Urlaubsanspruch aus dem Bundesurlaubsgesetz gilt nicht für den Neger X, solange er in Zentralafrika lebt - nicht in der Bundesrepublik arbeitet. Dem Deutschen, der in die Rechtsordnung der Bundesrepublik hineingeboren wird, steht es frei, sie von sich abzu-

streifen: da Art. 16 Absatz 1 GG nur vor unfreiwilliger oder willkürlicher Ausbürgerung schützt, kann er die deutsche Staatsangehörigkeit ablegen ¹⁾ oder wenigstens durch freien Entschluß dadurch verlieren, daß er auf eigenes Verlangen eine andere erlangt. ²⁾ Außerdem kann er auswandern. ³⁾ Während also die freiwillige Entscheidung des Negers X, sich unter die deutsche Rechtsordnung zu stellen, soweit sie auf ihn als Ausländer anwendbar ist, klar erkennbar im Schritt über die Grenze liegt, ergibt sich die freiwillige Entscheidung des Deutschen, der in der Bundesrepublik lebt, negativ daraus, daß er weder von der einen noch von der anderen genannten Möglichkeit Gebrauch macht, positiv, daß er seine staatsbürgerlichen Rechte ausübt.

Die Abhängigkeit der Hoheitsakte von der Willensentscheidung der Staatsbürger kommt im Grundgesetz in Art. 20 Absatz 2 und Art. 38 Absatz 1 zum Ausdruck. In Artikel 20 heißt es: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt." Art. 38 bestimmt: "Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen." Beide Verfassungsartikel sind Ausdruck des Bekenntnisses zur Volkssouveränität. Um das Verhältnis des Souveränen Volk zur Hoheitsgewalt wenigstens bildhaft zu erfassen, bedient man sich auch heute noch am besten der Figur des Gesellschaftsvertrages, wie er von Jean - Jaques Rousseau entwickelt wurde: Nach Rousseau beruht der Staat auf dem Konsens aller Bürger. Man denkt sich die Menschen in einen vorstaatlichen Zustand versetzt, in dem sie absolut frei und ohne Bindung leben. Zur Staatsgründung finden sie sich zusammen und schließen einen Vertrag: den Gesellschaftsvertrag. Darin verzichtet jeder Bürger auf alle seine natürlichen Freiheitsrechte zu Gunsten des Gemeinwillens, der *volonté générale*. Wenn die Volksversammlung mit Mehrheitsbeschluß ein Gesetz erläßt, ist auch die bei der Abstimmung unterlegene Minderheit an dieses Gesetz gebunden: denn über eine Gesetzesvorlage abstimmen, heißt darüber entscheiden, ob das Gesetz

-
- 1) Die Möglichkeit die Staatsangehörigkeit abzulegen ist im Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. 7. 1913 (RGBl. S. 583 mit vielen Änderungen) - vgl. dazu MAKAROV, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, S. 77 f. - in den §§ 18 ff. geregelt.
 - 2) §§ 25, 17 Nr. 2 des Gesetzes.
 - 3) Dieses Recht ist verfassungsrechtlich gewährleistet. Das Bundesverfassungsgericht folgert es aus Art. 2 Absatz 1 GG (BVerfGE Bd. 6, S. 36; anders BVerfGE Bd. 3, S. 133); nach anderer Ansicht ergibt sich das Auswanderungsrecht aus Art. 11 GG; vgl. dazu HAMANN, Das Grundgesetz, Anm. 2.

der *volonté générale* entspricht oder nicht. Entscheidet die Mehrheit, daß es der *volonté générale* gemäß ist, dann gilt es auch für die bei der Abstimmung Unterlegenen, weil auch die in der *volonté générale* ihren eigenen Willen wiederfinden. 4)

Die Rousseausche Konstruktion des Gesellschaftsvertrags läßt sich durchaus mit Vertretungskategorien begreifen. Die Aufgabe der Freiheitsrechte bedeutet die Ermächtigung oder Bevollmächtigung und in den Gesetzen findet der Bürger, wie der Vertretene in den Handlungen des Vertreters, seinen Willen wieder.

Der Grundgesetzgeber hat sich einer entsprechenden Vorstellung bedient: die Abgeordneten sind nach Art. 38 Absatz 1 Satz 2 GG die Vertreter des Volkes. Die drei Gewalten - Rechtsprechung, Gesetzgebung, vollziehende Gewalt - sind nach Art. 20 Absatz 2 GG seine Organe. Begrifflich besteht nach einer beachtlichen Meinung zwischen Vertreter und Organ kein Unterschied. 5)

Versuchen wir dieses Vertretungsverhältnis näher zu beleuchten! Sicherlich gleicht es nicht der bürgerlich-rechtlichen Vertretung. Die Stellung des Volksvertreters ist eine ganz andere als die des rechtsgeschäftlichen Vertreters. Zwar ließe sich auch rechtsgeschäftlich ein Vertreter unwiderruflich und von Weisungen des Vertretenen unabhängig bestellen. Aber der Vertreter nach bürgerlichem Recht könnte durch Vollmacht nicht die Fähigkeit erhalten, mit autoritärer Gewalt über den Vertretenen zu bestimmen. Eine solche Vollmacht wäre eine unzulässige verdrängende Vollmacht, von der wir schon gehandelt haben. Wenn man also die Ausübung der Hoheitsgewalt deshalb, weil sie und ihre Ausübung vom Willen der einzelnen abhängen und auf deren Willen beruhen, mit Vertretungskategorien beschreiben will, dann nur mit einer verdrängenden Vollmacht.

Es ist dem juristischen Erfindungsgeist überlassen, wie man das Verhältnis der Bürger zur gesetzgebenden Körperschaft bezeichnet. Es wäre denkbar, den Wahlakt als Bevollmächtigung zu deuten und den Erlaß eines Gesetzes als Vertretungsakt. Das ist aber nicht üblich, weil die Vorstellungen, die man mit dem Vertretungsbegriff verbindet, am bürgerlichen Recht orientiert sind. Wenn trotzdem in der staatsrechtlichen Literatur und in der Verfassung der Begriff Vertretung bemüht wird, dann nur deshalb, um das Verhältnis des Bürgers zur Staatsgewalt anschaulicher zu machen.

4) ROUSSEAU, *Contrat social*, I, Kap. 6.

5) Vgl. zur rechtstheoretischen Struktur von Stellvertretung-Organschaft-Repräsentation: NAWIASKY, a. a. O., S. 193; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, S. 293 ff.; DERS., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 706; JELLINEK, a. a. O., S. 560.

b) Nach den bisherigen Überlegungen können wir bereits festhalten, daß die Unterscheidung Jacobis zwischen selbstherrlich und nichtselbstherrlich geltendem Recht ⁶⁾ nicht haltbar ist. Jacobi meint, zwischen seiner Rechtstheorie und der genossenschaftlichen bestehe nur ein terminologischer Unterschied. ⁷⁾ Die genossenschaftliche Rechtstheorie umfasse, führt er aus, das selbstherrlich und das nicht selbstherrlich also unabhängig vom Willen der Betroffenen geltende Recht. Da aber alles selbstherrlich geltende Recht auf den Staat zurückzuführen sei, ist es nach Jacobi nur gerechtfertigt, allein für dieses Recht den Begriff objektives Recht zu verwenden und das Recht, das abhängig vom Willen in Kraft tritt, auszuklammern. Jacobi stützt seine Schlußfolgerung darauf, daß nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie Satzungen, die Außenwirkung haben, auch der staatlichen Delegation bedürfen. Daraus ersehe man, daß zwischen Satzungen mit lediglich Innenwirkung und Satzungen mit Außenwirkung ein wesentlicher Unterschied bestehe. Da die Außenwirkung auf staatliche Delegation beruhe, gelte diese Satzung wie das vom Staat unmittelbar gesetzte Recht selbstherrlich.

In Wahrheit ist der Unterschied zwischen Jacobis Ansicht und der genossenschaftlichen Rechtstheorie keineswegs nur terminologisch. Eine genaue Betrachtung zeigt, daß es nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie keine Rechtsnormen gibt, die selbstherrlich gelten; auch die Normen des Staates gelten nicht unabhängig vom Willen der Bürger. Der Staat ist, wie jeder andere Verband, eine Gemeinschaft, in der die Normen nach der erklärten Überzeugung der Beteiligten das menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen. Insoweit besteht zwischen Staat und jeder anderen menschlichen Gemeinschaft kein Unterschied. Die Tatsache, daß auch nach der genossenschaftlichen Rechtstheorie eine Satzung mit Außenwirkung der staatlichen Delegation bedarf, widerspricht dieser Überlegung nicht. Da Recht nur die erklärte Überzeugung einer Gemeinschaft sein kann, erstreckt sich die Rechtsetzungsbefugnis des Verbandes nur auf seine Mitglieder. Soll ein Verband dazu befugt sein, über seinen Wirkungskreis hinaus Regelungen zu treffen, so bedarf er einer Delegation. Die Delegation ist nichts anderes als das Band, mit dessen Hilfe die von dem Verband gesetzten Normen auf einen höheren Verband: den Staat, zurückgeführt werden, dem auch die durch die Außenwirkung Betroffenen angehören. Die genossenschaftliche Rechtstheorie setzt vom Einzelmenschen ausgehend eine Vielzahl menschlicher Gemeinschaften voraus, deren höchste und umfassende Gemeinschaft der Staat ist.

c) Welche Schlußfolgerungen sind aus diesen Überlegungen für die rechtliche Beurteilung der Tarifnormen zu ziehen? Der Eintritt in eine Gewerkschaft ist ver-

6) JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrecht, S. 76 ff.

7) JACOBI, a. a. O., S. 78.

gleichbar mit dem Betreten eines Staatsgebietes, dem Erwerb der Staatsangehörigkeit und dem Entschluß eines Inländers dem Staat weiter anzugehören.⁸⁾

An die Mitgliedschaft zur Gewerkschaft ist wie an die entsprechenden staatsrechtlichen Tatbestände für die Gewerkschaften die Möglichkeit geknüpft, zusammen mit dem Arbeitgeber die Geschäftsfähigkeit der Arbeiter zu beschränken, das heißt, eine Tätigkeit vorzunehmen, wie sie nur mit Hilfe einer verdrängenden Vollmacht möglich wäre. Unterstrichen wird diese Überlegung gerade dadurch, daß Jacobi die Bindung des Arbeitnehmers an die Tarifnormen mit eben den Worten begründet, die Rousseau für die Bindung des Bürgers an das Gesetz gebraucht: Bürger und Arbeiter finden in dem Vereinbarten ihren eigenen Willen wieder.⁹⁾

Als Ergebnis können wir deshalb festhalten: die Tarifnormen und die Hoheitsakte des Staates sind begrifflich identisch. Zwar kann der Gesetzgeber das dem Zivilrecht vorgegebene Ordnungsrecht verändern: er könnte also ein Institut der verdrängenden unwiderruflichen Vollmacht schaffen. Das hat Lusser in einer Untersuchung zum schweizerischen Tarifrecht zutreffend herausgestellt.¹⁰⁾ Aber dadurch würde er die aufgezeigte begriffliche Identität nicht aufheben. Der Gesetzgeber kann bestimmen, daß dieser Akt autoritäre Kraft hat und jener nicht; er kann aber nicht gleichzeitig einem Akt autoritäre Kraft beilegen und ausdrücken, dieser Akt sei ein Privatakt. Denn ein Privatakt hat, solange es amtliche Akte gibt, keine autoritäre Kraft.

2. Bevor wir überlegen, ob die begriffliche Identität von Tarifnormen und amtlichen Rechtsnormen uns zwingt, sie auch als amtliche Rechtsnormen zu be-

8) So andeutungsweise schon SINZHEIMER, Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechtes, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, S. 3.

9) JACOBI, a. a. O., S. 273.

10) LUSSER, Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht, S. 33; vgl. auch DERS., Zur Konstruktion kollektiver Verträge, in: SJZ 1954, S. 170, 171; WACKERNAGEL, Die Konstruktion des Gesamtarbeitsvertrages, in: ZSR Bd. 49 NF (1930), S. 221. Vgl. Art. 27 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, der im Gegensatz zu § 137 BGB verständlich bestimmt: "Auf die Rechts- und Handelsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. Niemand kann sich seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken." Vgl. dazu RAMM, Die Freiheit der Willensbildung - ein Grundprinzip der Rechtsordnung, in: NJW 1962, S. 465; MÜLLER-FREIENFELS, Die Stellvertretung beim Rechtsgeschäft, S. 129 (Gegenüberstellung zu § 137 BGB).

handeln, haben wir zu prüfen, in welche Klasse der amtlichen Akte die Tarifnormen hineinpassen. Die Tarifnormen könnten zu den Rechtsanwendungsakten - Verwaltungsakt, Allgemeinverfügung - oder zu den gesetzlichen Rechtsnormen zu zählen sein.

Nach überwiegender Ansicht spricht man von einem Rechtsanwendungsakt dann, wenn er zur Regelung eines Einzelfalls an eine bestimmte Person oder einen bestimmbaren Personenkreis ergeht.¹¹⁾ Giacometti stellt zutreffend darauf ab, ob die Rechtsnorm zur Durchsetzung einer weiteren Konkretisierung bedarf.¹²⁾ Bedarf sie einer weiteren Konkretisierung, dann liegt eine gesetzliche Rechtsnorm vor, wenn nicht, haben wir es mit einem Verwaltungsakt oder einer Allgemeinverfügung zu tun. Wir können den Streit auf sich beruhen lassen; soweit man die Tarifnormen als amtliche Rechtsnormen ansieht, werden sie als gesetzliche Rechtsnormen betrachtet,¹³⁾ da sie nicht einen bestimmten Einzelfall, das heißt einen bestimmten Arbeitsvertrag oder einen bestimmbaren Kreis von Arbeitsverträgen betreffen und sich auch nicht an bestimmte Personen oder einen bestimmbaren Personenkreis wenden. Der Kreis der Arbeitnehmer, der durch die Tarifnormen betroffen werden kann, ist offen. Folgt man Giacometti, so ergibt sich nichts anderes; die Tarifnormen bedürfen noch einer weiteren Konkretisierung nämlich des Abschlusses eines Arbeitsvertrags. Erst damit entfalten sie ihre unmittelbare Geltung.

Nach dieser Abgrenzung wenden wir uns der Frage zu, ob die Identität der Eigenschaften dazu nötigt, die Tarifnormen den gesetzlichen Rechtsnormen gleichzustellen.

3. a) Verfassungsrechtliche Gründe könnten dagegen sprechen, die Tarifnormen den gesetzlichen Rechtsnormen gleichzustellen. Hueck meint: da man von Gesetzgebung nur beim Erlass staatlicher Rechtsnormen sprechen könne, sei die Vereinbarung der Tarifverträge nicht Gesetzgebung.¹⁴⁾ Ähnlich argumentiert auch

11) Vgl. beispielsweise FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, S. 185 ff.; EYERMANN-FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, Anm. 31 zu § 42; WOLFF, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 249.

12) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 344.

13) Soweit ich feststellen konnte, erörtert man überhaupt nicht die Möglichkeit, der Tarifvertrag könne Allgemeinverfügung sein.

14) HUECK, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, S. 29; ebenso KLEIN, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 112.

Maunz. ¹⁵⁾ Die Ansicht beider ist unzutreffend. Ob eine Rechtsnorm eine gesetzliche oder eine rechtsgeschäftliche Rechtsnorm ist, unterscheidet sich, wie wir gesehen haben, allein nach ihrer Wirkung. Ob eine gesetzliche Rechtsnorm, erlassen von Privaten, verfassungsrechtlich zulässig ist, ist eine Frage, die an der Eigenschaft der Norm nichts ändert.

Erwägenswert ist allein, ob das von Privaten geschaffene Gesetzesrecht wie das staatliche Recht der Grundrechtsbindung unterliegt. Dieses Problem ist einfach dahingehend zu lösen, daß die Grundrechte auch für das nichtstaatliche Recht maßgebend sind. Das folgt mittelbar aus Art. 19 Absatz 4 GG. In dieser Bestimmung ist jedem, der durch die öffentliche also nicht nur durch die staatliche Gewalt in seinen Rechten - das sind die Grundrechte ¹⁶⁾ - verletzt ist, der Rechtsweg eröffnet. Da aber jeder Akt mit Gesetzeswirkung, unabhängig von wem er ausgeht, begrifflich kein Privatakt sein kann, sondern öffentlicher Akt ist, ist es damit sogar verfassungsrechtlich geboten, die Tarifnormen den staatlichen Gesetzesnormen gleichzustellen.

b) Man könnte allerdings überlegen, ob die Tarifnormen in ähnlicher Weise, wie bestimmte Verwaltungsmaßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis keine Verwaltungsakte sind oder hinsichtlich der Anfechtbarkeit nicht als solche gelten, aus dem Kreis der gesetzlichen Rechtsnormen ausgeschlossen sind. Forsthoff unterscheidet bei genossenschaftlich organisierten Verbänden zwischen Satzungen mit nur verbandsinterner Wirkung und Satzungen mit Außenwirkung. ¹⁷⁾ Außenwirkung hat eine Satzung dann, wenn sie nicht nur Angelegenheiten beschränkt auf den Mitgliederkreis betrifft, sondern darüber hinaus auch Angelegenheiten von Außenstehenden. Nur für den letzten Fall bedarf die Satzung einer gesetzlichen Ermächtigung. Die Regelungen mit lediglich verbandsinternem Charakter nimmt er ganz aus dem Kreis der Satzungen im technischen Sinn aus und bestreitet ihren Rechtscharakter. Er zieht eine Parallele zu den Anordnungen im besonderen und allgemeinen Gewaltverhältnis, "die Mitglieder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts stehen in dieser in einem besonderen Gewaltverhältnis. Statutarische Regelungen, welche lediglich die Mitglieder verpflichten und keine nach außen reichende Wirkung haben, stellen deshalb nichts anderes als ein Gegenstück der Verwaltungsverordnung dar..." ¹⁸⁾ Zwar ist der Tarifvertrag nicht ohne weiteres der Satzung einer Körperschaft gleich zu achten,

15) MAUNZ, Rechtsgutachten zur Frage, ob Tarifverträge dem Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau unterworfen sind, S. 7.

16) Vgl. dazu M.-D., Anm. 33 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

17) FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, S. 129 f.

18) a.a.O., S. 130.

immerhin wäre aber eine entsprechende Anwendung der für die Satzung maßgebenden Grundsätze denkbar.

Wenn man zur Abgrenzung zwischen Satzung und verbandsinterner Anordnung auf das besondere Gewaltverhältnis zurückgreift, dann müßte man auch wie Hamann die Möglichkeit einer Differenzierung zwischen Anordnungen das Grundverhältnis und Anordnungen das Betriebsverhältnis betreffend erwägen.¹⁹⁾ Das tut Forsthoff aber nicht: für ihn sind alle Satzungen ohne Außenwirkungen den Maßnahmen im Rahmen des Betriebsverhältnisses gleichgestellt. Die Beschränkung der Gesetzes-eigenschaft auf die Satzungen mit Außenwirkung zeigt, daß der Unterscheidung Forsthoffs der Rechtsnormenbegriff, wie wir ihn bei Jacobi kennengelernt haben, zugrunde liegt.²⁰⁾ Da wir die Trennung der Rechtsnormen in selbstherrlich geltende und nicht selbstherrlich geltende als unzutreffend erkannt haben, müssen entgegen der Ansicht Forsthoffs auch Satzungen ohne Außenwirkungen mit Gesetzescharakter denkbar sein. Die Unhaltbarkeit der Ansicht Forsthoffs zeigt sich besonders darin, daß er ohne Begründung seine Unterscheidung auf Satzungen von Personalverbänden beschränkt. Die Vorschriften der Gemeinde zum Beispiel haben dagegen uneingeschränkt Satzungscharakter, denn "die Gemeinden sind Körperschaften auf nicht personaler sondern auch auf territorialer Basis, wie in der Bezeichnung als Gebietskörperschaft zum Ausdruck kommt. Die von ihr ergehenden Vorschriften gelten für ein bestimmtes Gebiet und erweisen sich damit als Rechts-sätze."²¹⁾ Forsthoffs Ansicht wird deshalb auch weitgehend abgelehnt.²²⁾

Der gleiche Grund, der zur Differenzierung der Maßnahmen innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses zwingt, könnte aber eine Unterscheidung innerhalb der Satzungen erforderlich machen: Die Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis entstammt der Einsicht, daß einerseits nicht jeder Wink des Vor-gesetzten vor dem Verwaltungsgericht überprüft werden soll, andererseits der Ein-tritt in ein besonderes Gewaltverhältnis nicht schlechthin zu einer Blankovollmacht werden darf, die unter dem Hinweis *volenti non fit iniuria* selbst Willkürmaßnahmen rechtfertigen würde.²³⁾ Nach moderner Lehre kommt es nicht mehr darauf

19) HAMANN, Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, S. 16.

20) Vgl. dazu FORSTHOFF, a. a. O., S. 120 ff., 122; "Binnenfunktion" der innerverbandlichen Vorschrift.

21) FORSTHOFF, a. a. O., S. 130.

22) WOLFF, a. a. O., S. 10; FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungs-rechts, S. 80; W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, S. 131 f.; vgl. auch PETERS, Lehrbuch der Verwaltung, S. 78.

23) Das Problem "Verwaltungsakt im besonderen Gewaltverhältnis" ist sehr um-stritten. Die Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis geht auf ULE, Das besondere Gewaltverhältnis, in: VVDStRL Bd. 15, S. 155 ff. zurück. Weitgehend hat sich ULES Meinung durchgesetzt. Vgl. dazu M.-D., Anm. 25 zu Art. 19 Abs. 4 GG; FORSTHOFF, a. a. O., S. 116 ff.

an, ob der Eintritt freiwillig oder unfreiwillig erfolgt ist. Für die Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis ist allein wichtig: bedarf der Betroffene Verwaltungsrechtsschutz? Damit ist die Unterscheidung zwischen Anordnungen, die das Betriebs- und Anordnungen, die das Grundverhältnis betreffen, zu einem prozessualen Problem, zu einer Frage des Rechtsschutzinteresses geworden. ²⁴⁾ Begrifflich bleibt eine Verwaltungsmaßnahme, die das Betriebsverhältnis betrifft, Verwaltungsakt. Da es uns hier nur um die begriffliche Bestimmung der Tarifnormen geht, können wir es deshalb dahinstehen lassen, ob die Grundsätze für die Anfechtbarkeit der Verwaltungsakte im besonderen Gewaltverhältnis auch für den Rechtsschutz gegen gesetzliche Rechtsnormen entsprechend anwendbar sind.

Ergebnis unserer Untersuchung ist also: die Tarifnormen sind gesetzliche Rechtsnormen; der Tarifvertrag ist im normativen Teil Gesetz im materiellen Sinn, objektives Recht; die Vereinbarung des Tarifvertrags ist ein Akt der Gesetzgebung. ²⁵⁾

4. Das Ergebnis des letzten Abschnitts erlaubt uns, den Rechtsetzungsakt: den Abschluß des Tarifvertrags und den Tarifvertrag selbst zu qualifizieren.

a) Gehört der Tarifvertrag dem privaten oder dem öffentlichen Recht an? Wenn die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht überhaupt noch Sinn haben soll, dann ist ein Rechtsetzungsakt zwingend dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Bei allem Abgrenzungstreit herrscht Einigkeit darüber, daß die Ausübung von Hoheitsgewalt zum öffentlichen Recht zu zählen ist. ²⁶⁾ Das verkennen die Vertreter der privatrechtlichen Delegationstheorie. Nipperdeys Begründung für die privatrechtliche Natur des Tarifvertrags ist nicht überzeugend. Das erste Argument - die Tarifvertragsparteien seien Subjekte des Privatrechts - hat keinerlei Beweiskraft dafür, daß der Rechtsetzungsakt dem Privatrecht angehöre. Zum zweiten Argument - der Tarifvertrag werde in der privatrechtlichen Form des Vertrages geschlossen - ist zu sagen, daß Nipperdey seine Behauptung mit dem zu beweisenden begründen will. Auch das dritte Argument - der Tarifvertrag werde zur Regelung privatrechtlicher Verhältnisse geschlossen - ist ebenfalls nicht stichhaltig. Nipperdey übersieht, daß die Tarifvertragsparteien den

24) ULE, a. a. O., S. 160; vgl. auch klar OVG Koblenz, in: DÖV 1960, S. 350.

25) So im Ergebnis die schon zitierten Vertreter der Delegationstheorie; auch WOLFF, a. a. O., S. 93.

26) Vgl. die zusammenfassende Übersicht über die Abgrenzungstheorien bei WOLFF, a. a. O., S. 80 ff.

Tarifvertrag nicht zur Regelung privatrechtlicher Verhältnisse zwischen den Kontrahenten schließen, sondern Vereinbarungen treffen, die für das Verhältnis zwischen Dritten und einem der Kontrahenten maßgebend sein sollen. Diesem Dritten gegenüber hat die Vereinbarung aber Gesetzescharakter. Dann gehört der Tarifvertrag weder dem Privatrecht noch dem Sozialrecht sondern dem öffentlichen Recht an.

b) Ist der Tarifvertrag Vertrag oder Vereinbarung? Diese Frage hat allein rechtstheoretische Bedeutung. Erkennt man den Tarifvertrag als Vereinbarung, so heißt das noch nicht, wie wir gesehen haben, daß er auch Gesetz im materiellen Sinne ist. Schon bei der Darstellung der Tarifvertragstheorie, die auf der Vereinbarungslehre aufbaut, haben wir gesehen, daß die Vereinbarung keine selbständige Rechtsquelle ist, wie Kaskel meint, ²⁷⁾ sondern nur der Deutung des Rechtserzeugungsvorgangs dient. Da es uns allein darum geht, die Normenqualität der Tarifnormen zu untersuchen, können wir uns eine Analyse der Rechtserzeugung ersparen, zumal es keinerlei praktische Konsequenzen hat, ob man den Tarifvertrag als Vertrag im eigentlichen Sinne oder als Vereinbarung auffaßt. Schließlich können wir uns auch darauf berufen, daß es der Gesetzgeber, anders als es von Gierke lehrte, ²⁸⁾ durch nichts daran gehindert ist, auch die Bedingungen eines Vertrags mit Gesetzeskraft auszustatten.

ZWEITER ABSCHNITT DER TARIFVERTRAG IN DER RECHTSPRECHUNG

§ 18

FRAGESTELLUNG:

DIE TARIFNORMEN UND DIE EINSCHRÄNKUNG DER GESTALTUNGSFREIHEIT

Nachdem wir die Tarifnormen als Rechtsnormen, die den staatlichen Gesetzesnormen gleichzustellen sind, erkannt haben, können wir uns der zweiten Hauptfrage zuwenden: wie ist die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit verfassungsrechtlich zu rechtfertigen? Mit dieser Frage ist ein ganzer Problemkreis angesprochen, den wir Schritt für Schritt klären müssen. Als erstes haben wir zu untersuchen, worin die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dafür liegt, daß die Tarifvertragsparteien das Geschäft, Tarifnormen zu setzen, wahrnehmen; als zweites, worin die

27) Vgl. oben § 11, 2.

28) Vgl. oben § 10, 2.

verfassungsrechtliche Grundlage der zwingenden Arbeitsbedingungen besteht; und als drittes, welche Schranken für die Regelungsbefugnis bestehen.

Auf die erste und zweite Frage werden wir nicht ohne weiter ausholende Überlegungen eine Antwort finden. Mit einem Hinweis auf § 1 des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, ¹⁾ in dem der Staat der tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen den absoluten Vorrang vor der staatlichen Regelung einräumt, ist es nicht getan. Diese Bestimmung mag Ausdruck für eine "echte Funktionsteilung zwischen Staat und Sozialpartnern" sein, wie Schnorr sagt: ²⁾ über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Funktionsteilung ist damit nichts ausgesagt. Wir haben mit unseren Überlegungen vielmehr an Art. 9 Absatz 3 GG anzusetzen. Dort heißt es: "Das Recht zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet." Aus dieser Bestimmung folgt nicht unmittelbar, daß es verfassungsrechtlich unbedenklich oder gar geboten ist, die Tarifpartner die zwingenden Arbeitsbedingungen vereinbaren zu lassen. Deshalb konnte das Bundesverfassungsgericht sagen: "In der Gestaltung des Tarifsystems, insbesondere in seiner sachgemäßen Fortbildung, ist der Gesetzgeber nur dadurch beschränkt, daß mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit zugleich die Institution eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems gewährleistet ist, dessen Partner frei gebildete Vereinigungen im Sinne des Art. 9 Absatz 3 GG sein müssen." ³⁾ Durch die Koalitionsfreiheit, fährt das Bundesverfassungsgericht fort, ist der Kernbereich eines Tarifvertragssystems garantiert, den der Gesetzgeber insbesondere bei der Regelung der Tariffähigkeit nicht aushöhlen darf; ⁴⁾ wir wollen uns mit dem Problem der Tariffähigkeit nicht weiter auseinandersetzen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt jedoch, daß unter Berufung auf Art. 9 Absatz 3 GG allein, die Regelung des Tarifvertrags, wie sie der Gesetzgeber im Tarifvertragsgesetz getroffen hat, noch nicht gerechtfertigt ist. Es bedarf vielmehr noch eines allgemeinen Prinzips, das die Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens klarer erkennbar macht. Als ein solches Prinzip werden wir das Subsidiaritätsprinzip kennenlernen.

Da sich das Subsidiaritätsprinzip als das Ordnungsprinzip von Staat und Gesellschaft, wie es dem Grundgesetz zugrundeliegt, erweisen wird, dient die folgende Untersuchung in gleichem Maße auch der Beantwortung der zweiten Frage. Als Grundlage für die zwingenden Arbeitsbedingungen wird in Rechtsprechung und Lehre, die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes bemüht. Art. 20 Absatz 1 GG

1) Gesetz vom 11. 1. 1952 (BGBl. Teil I, S. 17).

2) SCHNORR, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Grundgesetz, in: JÖR NF Bd. 9, S. 181.

3) BVerfG, Bd. 4, S. 108.

4) a. a. O.

bestimmt: "Die Bundesrepublik ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat." Daraus läßt sich nicht unmittelbar ableiten, wieso dieser Grundgesetzartikel eine Ermächtigung für Arbeiterschutzgesetze ist. Das kann nur eine umfängliche Interpretation des Artikels erweisen. Diese wird zu einer Analyse des Verhältnisses zwischen Einzelmensch, Gesellschaft und Staat führen, einer Analyse, die wieder auf das Subsidiaritätsprinzip führen wird.

Erster Unterabschnitt Das Subsidiaritätsprinzip

§ 19

DAS SUBSIDIARITÄTSPRINZIP ALS OBERSTES PRINZIP DER KATHOLISCHEN SOZIALPHILOSOPHIE

1. "In Auswirkung des individualistischen Geistes ist es soweit gekommen, daß das einst blühend und reich gegliedert, in einer Fülle verschiedenartiger Vergemeinschaftungen entfaltete menschliche Gesellschaftsleben derart zerschlagen und nahezu getötet wurde, bis schließlich fast nur noch die Einzelmenschen und der Staat übrigblieben; zum nicht geringen Schaden für den Staat selbst. Das Gesellschaftsleben wurde ganz und gar unförmig; der Staat aber, der sich mit all den Aufgaben belud, welche die von ihm verdrängten Gemeinschaften nun nicht mehr zu leisten vermochten, wurde unter einem Übermaß von Obliegenheiten und Verpflichtungen zugedeckt und erdrückt." So hat Papst Pius XI im Weltrundschreiben "Quadragesimo Anno" vom 15. Mai 1931 eine Haupterscheinung des Gesellschaftslebens im modernen Staat charakterisiert. ¹⁾ Der Tendenz, nur noch Einzelmenschen und Staat als Faktoren der Gesellschaft zu sehen, stellt Pius XI eine rechte Ordnung gegenüber, in der auch kleinere und untergeordnete Gemeinwesen Platz haben. Er brandmarkt die von ihm aufgezeigte Entwicklung als Unrecht und faßt die gerechte Ordnung in einem Satz zusammen, den er als den obersten Grundsatz der Sozialphilosophie bezeichnet, "in philosophia sociale gravissimum illud principium quod neque moveri neque mutari potest" ²⁾; "Wie es Unrecht ist, dem Einzelmenschen dasjenige, was er aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, zu entziehen und der Gesellschaft zuzuweisen, so ist es gleichermaßen Unrecht, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weiter und über-

1) Quadragesimo Anno, Nr. 78, in: Die sozialen Enzykliken.

2) a. a. O., Nr. 79.

geordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Denn jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär: sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen." ³⁾

Nach dem Gebot an die Gesellschaft, die Glieder des Sozialkörpers zu unterstützen - in der lateinischen Fassung: *subsidium affere* - hat der oberste sozialphilosophische Grundsatz den Namen "Subsidiaritätsprinzip" erhalten. Pius XI schließt den Abschnitt über die neue Gesellschaftsordnung, in dem er das rechte Verhältnis zwischen der Staatsgewalt und den Gemeinwesen hervorhebt und gleichzeitig damit eine Aufforderung an die Staatsmänner verbindet, sich nach dem zitierten Grundsatz zu richten: "Angelegenheiten von untergeordneter Bedeutung, die nur zur Abhaltung von wichtigen Aufgaben führen müßten, soll die Staatsgewalt also den kleineren Gemeinwesen überlassen. Sie selbst steht dadurch nur um so freier, stärker und schlagfertiger da für diejenigen Aufgaben, die in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, weil sie allein ihnen gewachsen ist: durch Leitung, Überwachung, Nachdruck und Zügelung, je nach Umständen und Erfordernis. Darum mögen die staatlichen Machthaber sich überzeugt halten: je besser durch strenge Beobachtung des Prinzips der Subsidiarität die Stufenordnung der verschiedenen Vergesellschaftungen innegehalten wird, um so stärker stehen gesellschaftliche Autorität und gesellschaftliche Wirkkraft da, um so besser und glücklicher ist es auch um den Staat bestellt." ⁴⁾

2. Nach Quadragesimo Anno ist eine gesellschaftliche Ordnung dann ungerrecht, wenn sie nicht nach dem Subsidiaritätsprinzip ausgerichtet ist. Mit dieser Feststellung dürfen wir uns nicht begnügen. Die Enzyklika ist kein Gesetzbuch, dessen Regelungen wir zu übernehmen haben. Wir fragen weiter: Warum ist die Gesellschaftstätigkeit ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; warum bestehen zwischen über- und untergeordneten Gemeinwesen das Gebot der ergänzenden

3) Die Übersetzung entspricht mit Ausnahme einiger sprachlicher Veränderungen der üblich gebrauchten. Die lateinische Fassung (a. a. O., Nr. 79) lautet folgendermaßen:

"Sicut quae a singularibus hominibus proprio Marte et propria industria possunt perfici, nefas est eisdem eripere et communitati demandare, ita quae a minoribus et inferioribus communitatibus effici praestarique possunt, ea ad maiorem et altiore societatem avocare iniuria est simulque grave damnum ac recti ordinis perturbatio; cum socialis quaevis opera vi naturae sua subsidium affere membris corporis socialis debeat, numquam vero eadem destruere et absorbere."

4) a. a. O., Nr. 80.

Hilfeleistung; warum haben die kleineren Gemeinschaften ein vorrangiges Recht auf Existenz, Entfaltung und Unterstützung? ⁵⁾ Auf diese Fragen gibt die Enzyklika wenig Auskunft. Pius XI. brauchte diese Fragen in seinem Weltrundschreiben auch garnicht zu beantworten; das Subsidiaritätsprinzip ist nicht seine Erfindung; er hat das große Verdienst, es in dieser prägnanten Form ausgesprochen zu haben, im übrigen ist es - wie die folgende Untersuchung zeigen wird - ein legitimes Kind der aristotelisch - thomistischen Philosophie. ⁶⁾

Der Gang der Überlegung ist uns in der Formulierung des Subsidiaritätsprinzips selbst vorgezeichnet. Obwohl es dem Papst darum ging, die Bedeutung der kleinen und untergeordneten Gemeinschaften hervorzuheben, stellt er die Behauptung, die sich auf die Gemeinschaften bezieht, eine andere voran, die das Verhältnis zwischen Einzelmensch und Gesellschaft betrifft, wobei beide Behauptungen mit "so ... wie (ita ... ut)" verknüpft sind. Welcher andere Grund sollte den Papst dazu bewogen haben als der, daß für das Verhältnis der kleineren zu den größeren Gemeinschaften die entsprechenden Gründe maßgebend sind? ⁷⁾ Deshalb haben wir nach den Grundsätzen zu fragen, die das Verhältnis zwischen Einzelmensch und Gesellschaft bestimmen. ⁸⁾

-
- 5) RAUSCHER, Subsidiaritätsprinzip und berufsständische Ordnung in "Quadragesimo Anno", S. 19.
 - 6) MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 428 f., 301 ff.
 - 7) RAUSCHER, a. a. O., S. 16, 19.
 - 8) Vgl. dazu und zum folgenden: ARMBRUSTER, "Föderalismus" in: Staatslexikon; BERTRAMS, Das Subsidiaritätsprinzip, ein Mythos?, in: StdZ 1956, H. 11, S. 388 ff.; DERS., Vom Sinn des Subsidiaritätsgesetzes, in: Orientierung 1957, Nr. 7, S. 76 ff.; DERS., Subsidiaritätsprinzip und Kirche, in: StdZ, 1957, H. 10, S. 252 ff.; DAVID, Streit um das Subsidiaritätsprinzip, in: Orientierung 1957; GEPPERT, Teleologie der menschlichen Gemeinschaft; GUNDLACH, Solidarismus, Einzelmensch, Gemeinschaft, in: Gregorianum 17 (1936), S. 265 ff.; HENGSTENBERG, Grundlegung zu einer Metaphysik der Gesellschaft; DERS., Philosophische Begründung des Subsidiaritätsprinzips, in: Das Subsidiaritätsprinzip, S. 19 ff.; KÜCHENHOFF, Staatsverfassung und Subsidiarität, in: Das Subsidiaritätsprinzip, S. 67 ff.; KURZ, Individuum und Gemeinschaft beim heiligen Thomas von Aquin; LINK, Das Subsidiaritätsprinzip, sein Wesen und seine Bedeutung für die Sozialethik; MARCIC, a. a. O., S. 428 ff.; MESSNER, Das Naturrecht, S. 255 ff.; NELL-BREUNING, Die soziale Enzyklika; DERS., Einzelmensch und Gesellschaft; DERS., Zur Sozialreform, Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip, in: StdZ 1955, S. 1 ff.; DERS., Das Subsidiaritätsprinzip als wirtschaftliches Ordnungsprinzip, in: Degenfeld-Festschrift, S. 81 ff.; SÜSTERHENN, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Ge-

Pius XII. hat das Verhältnis zwischen Einzelmensch und Gesellschaft folgendermaßen gekennzeichnet: "Origini e scopo essenziale della vita sociale vuol essere la conservazione, lo sviluppo e il perfezionamento della persona umana." ⁹⁾

Der Mensch ist das Ebenbild Gottes, wie es in der Genesis heißt: "er schuf ihn nach seinem Bild und Gleichnis, nach dem Bilde Gottes schuf er ihn." ¹⁰⁾

Gott ist Geist; deshalb besteht die Ebenbildlichkeit darin, daß der Mensch eine Geistseele besitzt. Sie als geschaffener Geist erkennt und entscheidet sich wie der reine Geist, Gott, in freier "Selbstmächtigkeit" zu ihrem eigenen Selbst. ¹¹⁾

Das durch den geschaffenen Geist erkannte Selbst ist aber begrenzt: es erfährt nicht alle erschaffenen Werte - das Gute und Wahre sind nur bruchstückhaft begriffen - und hat einen unendlichen Abstand zum ungeschaffenen Sein. Wenn auch der menschliche Geist der unendlichen Wertfülle nicht teilhaftig ist, so strebt er doch danach, es zu werden. Dieses Streben lenkt den menschlichen Geist auf Seinsinhalte außer ihm selbst; deren Erkenntnis bedeutet Bereicherung und Vervollkommenung. In diesen Gedanken findet sich in christlicher Form die aristotelische Entelechielehre wieder. ¹²⁾ Nach Aristoteles bestehen die irdischen Wesen aus Stoff und Form. Die Form gestaltet das Wesen; sie ist seine Idee und sein Ziel. Das Sein ist also für Aristoteles dynamisch: es ist in ständigem Werden begriffen, die im Keim vorhandene Möglichkeit zu aktivieren, seine Form zu erreichen. ¹³⁾ Dabei strebt jedes Sein nicht nur dem eigenen Ziel, seinem Telos zu, das es in sich trägt, sondern alles Sein ist untereinander geordnet und auf Gott, den unbewegten Beweger, ausgerichtet. ¹⁴⁾ Trotz dieser

Fortsetzung der Fußnote 8) von Seite 95:

walte Stellung. in: Vom Bonner Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung (NAWIASKY-Festschrift), S. 141 ff.; UTZ, Der Mythos des Subsidiaritätsprinzips, in: Die neue Ordnung 1956, H. 1; DERS., Formen und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips; DERS., Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des Subsidiaritätsprinzips und das Subsidiaritätsprinzip als Aufbauprinzip der drei Ordnungen: Wirtschaft, Gesellschaft und Staat, in: Das Subsidiaritätsprinzip, S. 7 ff.; 101 ff.; UTZ, Sozialethik, S. 277 ff.; van der VENN, Organisation, Ordnung und Gerechtigkeit, in: Das Subsidiaritätsprinzip, S. 45 ff.; WELTY, Gemeinschaft und Einzelmensch.

9) PIUS XII. Weihnachtsansprache vom 24. 12. 1942, AAS 35 (1943), S. 12.

10) GENESIS, 1, 27.

11) RAUSCHER, a. a. O., S. 20 ff.

12) ARISTOTELES, Metaphysik, 1032 a; THOMAS von AQUIN, Summa Contra gentiles III, 17; vgl. dazu VERDROSS, Abendländische Rechtsphilosophie, S. 39 f., 69 f.

13) ARISTOTELES, a. a. O., VIII 1050 a.

14) ARISTOTELES, a. a. O., XII 1075 a.

Anordnung auf außer der Person Liegendes ist der Mensch, weil er Ebenbild Gottes ist, "ontologische Ganzheit", Individualität. ¹⁵⁾ Als Individualität ist der Mensch ein freies, sittliches sich selbst bestimmendes Wesen. ¹⁶⁾ Da aber die menschliche Person im Gegensatz zu Gott keine absolute Ganzheit ist, ist der Individualität des Menschen nur in beschränktem Umfange Ausschließlichkeitscharakter eigen, das heißt: neben jedem Menschen können unendlich viele andere existieren. ¹⁷⁾

Wie ist das Verhältnis der Menschen zur Gesellschaft bestimmt? Schon aus der Tatsache, daß der Mensch als einziges animalisches Wesen mit der Sprache begabt ist, läßt auf seine Ausrichtung auf den anderen und auf die ganze Gesellschaft schließen. Die Stimme allein eröffnet nur die Möglichkeit, Schmerz und Lust zu äußern; durch die Sprache hat der Mensch die Fähigkeit erhalten, Nützliches und Schädliches, Gerechtes und Ungerechtes auszudrücken. Was nutzt dem Menschen diese Fähigkeit, wenn er sie nicht dem Mitmenschen gegenüber gebraucht! ¹⁸⁾ Abgesehen davon ergibt sich aus der wesenhaften Ausrichtung der Menschen auf Wertverwirklichung und möglichste Wertfülle ihre Gesellschaftlichkeit. ¹⁹⁾ In der Terminologie Aristoteles heißt das; weil der Mensch nach Selbstgenügsamkeit strebt, ist er von Natur aus ein geselliges - "jeder Mensch ist jedem Menschen Freund" - staatsbildendes Wesen. ²⁰⁾ "Wer aber nicht in Gemeinschaft leben kann, oder ihrer, weil er sich selbst genug ist, garnicht bedarf, ist kein Glied des Staates und demnach entweder ein Tier oder ein Gott." ²¹⁾ Die Individualität des Menschen, die sich als Wesenszug in der Ausschließlichkeit der Personalität zeigt, wird durch die Verbindung mit der Gesellschaft jedoch nicht aufgehoben. Der Einzelmensch verschmilzt nicht mit anderen Menschen in der Gesellschaft zu einer höheren Einheit! Deshalb ist seine Gesellschaftlichkeit nicht wesensbegründend für ihn. Ware sie das, wo würde im Gesellschaftlichen die Ganzheit des Menschen zerstört; das Streben nach Selbstvervollkommnung führte zur Verfremdung und Selbstaufgabe in der Gesellschaft. ²²⁾ Da alle Menschen gleichermaßen nach Vervollkommnung streben, schafft die Erkenntnis des gemeinsam gewollten

15) RAUSCHER, a. a. O., S. 22.

16) RAUSCHER, a. a. O., S. 29, 41.

17) RAUSCHER, a. a. O., S. 23.

18) Aristoteles, Politik, 1. Buch, 2. Kap. 1253 a.

19) RAUSCHER, a. a. O., S. 25.

20) ARISTOTELES, a. a. O., 1252 b; Thomas von AQUIN Summa theologica, II 29, 109, 3 ad 1; 114 ad 1; 129, 6.

21) ARISTOTELES, a. a. O., 1253 a.

22) LINK, a. a. O., S. 57; RAUSCHER, a. a. O., S. 31 ff.; Thomas von AQUIN, Summa contra gentiles, L. III, c 112.

Wertes die Voraussetzung für die soziale Verbindung der Menschen untereinander. Dabei sind Werte alle Ziele, die der menschlichen Person in ihrer Wesensart "Mensch" zugänglich sind und zu ihrer Vervollkommenung dienen. ²³⁾

Das gesellschaftliche Leben ist geistiges Leben. ²⁴⁾ Es kann sich deshalb nie in reinen Zweckgesellschaften oder in "vitaler Rudelhaftigkeit" erschöpfen. ²⁵⁾ Das bedeutet aber nicht, daß das gesellschaftliche Leben nur geistiges Leben ist, es ist geistiges Leben mit raumzeitlichem Charakter. ²⁶⁾ Die Geistseele, die Träger des Drangs zur Gesellschaft ist, ist die "forma" des ganzen Menschen. Die Geistseele begründet zwar die menschliche Person, die Geistnatur wird aber erst Mensch, "weil dieser Geist geschichtshaft in Raum und Zeit existiert, sich deshalb auch im sinnlich-triebhaften und organischen Leben auswirkt." ²⁷⁾ Deshalb gehört auch das rechtlich-organisierte wesenhaft zur menschlichen Gesellschaft. ²⁸⁾

3. Bis jetzt richteten wir unsere Überlegungen nur darauf, das Verhältnis des Einzelmenschen zur Gesellschaft zu bestimmen; wir hatten festgestellt, daß für dieses Verhältnis die gleichen Erwägungen gelten wie für das zwischen den Gemeinschaften untereinander. Aus der vorangegangenen Untersuchung über die menschliche Person mußte folgen, daß jede Gemeinschaft innerhalb einer Gesellschaft Eigenständigkeit gegenüber der höheren, der Gesellschaft und der Staatsgewalt besitzt. Woraus folgt die Eigenständigkeit der einzelnen Gemeinschaften? ²⁹⁾ Der Mensch als geschaffenes Wesen vermag nicht unmittelbar Gott und damit alle Seinswerte zu erfassen, sondern tastet sich Schritt für Schritt über eine unendliche Zahl endlicher Werte hin zum unendlichen, ohne diesen je erreichen zu können. Der Mensch strebt also nicht unmittelbar einem Überwert zu, zu dessen Verwirklichung eine Gesamtgesellschaft dienen könnte. Für die Verschiedenheit und Mannigfaltigkeit der Werte sind verschiedene Akten von Gemeinschaften erforderlich, die der Mensch dank seiner sozialen Natur schafft.

Auch für diese Gedankengänge ist Aristoteles Vorbild der katholische Sozialphilosophie; er hat bereits die Bedeutung der Zwischenglieder zwischen Einzelmensch und Staat hervorgehoben; Familie und Dorfgemeinde bilden die natürli-

23) RAUSCHER, a. a. O., S. 26 f.

24) a. a. O., S. 28 ff.

25) a. a. O., S. 29 f.

26) a. a. O., S. 43 ff.

27) a. a. O., S. 44.

28) a. a. O.

29) RAUSCHER, a. a. O., S. 50 ff.

chen Gemeinschaften innerhalb des Staats, sie sind die Bausteine, aus denen sich der Staat zusammensetzt. ³⁰⁾ Daraus folgt, daß die verschiedenen Gemeinschaften der Staatsgewalt untergeordnet sind. Aufgabe der Staatsgewalt ist es, für Ordnung zu sorgen, das heißt, die Einheit der wohlgestalteten Vielheit zu garantieren. ³¹⁾ Da jede Gemeinschaft in die staatliche Einheit eingegliedert sein soll, ist damit notwendig eine Unterordnung unter die Staatsgewalt verbunden. Daneben kann die eine Gemeinschaft einer anderen untergeordnet sein. In der zitierten Stelle aus Quadragesimo Anno ist ausdrücklich von kleineren, untergeordneten und weiteren, übergeordneten Gemeinschaften die Rede. Der Landkreis ist der Gemeinde übergeordnet; ihm steht in gewissem Umfang ein Aufsichtsrecht und Eingriffsrecht zu. Daraus folgt aber nicht, daß die Gemeinschaften im Staate aufgehen. Das verbietet ihre Funktion, die sie für den einzelnen ausüben. "Jeder konkrete Wertbereich hat seine eigene Struktur, auf Grund deren er einen bestimmten eigenen Zusammenschluß, eine besondere Form der Vergemeinschaftung zu einer Verwirklichung verlangt. Die einzelnen Gemeinschaften, gruppiert um den jeweiligen Wertinhalt, besitzen also eine echte Eigenständigkeit", ³²⁾ die vergleichbar ist mit der Eigenständigkeit der menschlichen Person. Deshalb gilt für das Verhältnis irgendeiner Gemeinschaft zu der ihr übergeordneten und zur Staatsgewalt wie für das Verhältnis zwischen dem einzelnen und den Gemeinschaften das Subsidiaritätsprinzip. Der Aufbau des Gesamtgefüges von Staat und Gesellschaft nach der Subsidiaritätsordnung überwindet - das können wir aus den vorstehenden Überlegungen entnehmen - das Auseinanderfallen von Staat und Gesellschaft in zwei feindliche Welten. Nach der Subsidiaritätsordnung ist jedes einzelne Glied des Gesamtgefüges geeignet und bestimmt, Gemeinwohl - das heißt öffentliche Aufgaben - zu erfüllen. Mit einer Bestimmung dessen, was eine öffentliche Aufgabe ausmacht, brauchen wir uns, was unseren konkreten Fall: Rechtsetzung durch die Tarifvertragsparteien angeht, nicht aufzuhalten, da die Ausübung von Hoheitsgewalt unbestritten hierher zählt.

Nach welchen Grundsätzen es im übrigen zu entscheiden ist, wann eine Gemeinschaft weiter, wann enger, wann unter-, wann übergeordnet ist, beantwortet das Subsidiaritätsprinzip nicht. ³³⁾ Das Subsidiaritätsprinzip ist ein formales Prinzip: es regelt die Zuständigkeit der einzelnen Gemeinschaften untereinander. Das Subsidiaritätsprinzip gleicht dem Satz von der Gewaltenteilung, der nichts darüber aussagt, was Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung ist; es setzt eine Entscheidung darüber voraus, was eine weitere und was eine engere Gemeinschaft ist.

30) ARISTOTELES, a. a. O., 2, 1252 b, 1253 a.

31) Thomas von AQUIN, Summa theologiae, 1 q, 65 a, 2 i c.

32) RAUSCHER, a. a. O., S. 51.

33) a. a. O., S. 56 f.

DAS SUBSIDIARITÄTSPRINZIP NACH DER KRITISCHEN PHILOSOPHIE

1. In der katholischen Sozialphilosophie ist - wie wir im vorangegangenen Paragraphen festgestellt haben - das Subsidiaritätsprinzip abgeleitet aus der aristotelisch - thomistischen Philosophie; unter der Voraussetzung, daß der Mensch als Ebenbild Gottes nach Wertvervollkommenung strebt, folgt ein Gesellschaftsaufbau, dessen Ordnungsprinzip das Subsidiaritätsprinzip ist. Die Untersuchung in diesem Paragraphen - vor allem gestützt auf die Philosophie Kants - ¹⁾ soll erweisen, daß auch auf anderem Wege das Subsidiaritätsprinzip erkannt werden kann.

Unabdingbare Voraussetzung für eine Gesellschaftsordnung, die nach dem Subsidiaritätsprinzip gestaltet ist, ist der freie, sich selbst bestimmende Mensch. Mit der reinen Vernunft vermag man - wie Kant dargelegt hat - weder die Existenz noch die Nichtexistenz der menschlichen Freiheit zu erweisen. Da aber zwischen der Kausalität nach den Gesetzen der Natur und der Kausalität durch Freiheit kein Widerspruch besteht, ist Freiheit wenigstens denkbar. ²⁾ Mehr läßt die reine Vernunft nicht erkennen. Die praktische Vernunft dagegen zwingt uns, die menschliche Freiheit anzunehmen. ³⁾ Alle Sollenssätze - die Sittengesetze und die staatlichen Gesetze - sind sinnlos, wenn der Mensch nicht die Möglichkeit hat, sich für sie zu entscheiden. Eine Bestrafung wegen eines Gesetzesverstoßes wäre unmöglich, wenn nicht der Vorwurf erhoben werden könnte, daß der Verurteilte hätte anders handeln können. Die Erkenntnis dieser Tatsache ist jedoch nicht mit der Erkenntnis der Freiheit gleichzusetzen; die praktische Vernunft postuliert lediglich die menschliche Freiheit. Jede weitere Folgerung, welche die menschliche Freiheit voraussetzt, kann also nur von der Vermutung der Freiheit ausgehen. Auf die Frage, welcher Art diese vermutete Freiheit sei, müssen wir sagen: wir haben keinen Grund, die Freiheit von vornherein eingeschränkt zu vermuten; wir können sie absolut denken. Tatsächlich leben aber fast alle

-
- 1) In neuerer Zeit hat Peter SCHNEIDER, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL Bd. 20, S. 1 ff. (insbes. S. 21 ff.) Kants Philosophie unmittelbar für das Staatsrecht herangezogen, Schneiders Beitrag verdanke ich die Anregung zu den folgenden Überlegungen. Im Rahmen dieses Kapitels ist es natürlich nicht möglich, im einzelnen die kritischen Stimmen zu den vorgetragenen Thesen zu Wort kommen zu lassen. Vgl. zur Kant-Kritik die Anm. 73 ff. bei SCHNEIDER, a. a. O.
- 2) KANT, Kritik der reinen Vernunft, A 420 ff., 457, 458.
- 3) KANT, Kritik der praktischen Vernunft, A 167 ff.; vgl. dazu beispielsweise die Kritik KELSSENS, Reine Rechtslehre, S. 95 ff.

Menschen in einer staatlichen Ordnung, welche der individuellen Freiheit nur einen begrenzten Raum läßt. Wie und in welchem Umfang ist diese Freiheitsbeschränkung zu rechtfertigen? Auf diese Frage wollen wir nicht unmittelbar Kant zu Wort kommen lassen, sondern auf die Staatslehre Hobbes und Rousseau zurückgreifen, deren Grundgedanken bei Kant wiederkehren. ⁴⁾

2. Thomas Hobbes hat als erster die These aufgestellt, daß der Mensch von Natur aus ein asoziales Wesen sei. ⁵⁾ In vorstaatlicher Zeit lebten die Menschen, so führt er aus, noch im Naturzustand und besaßen eine schrankenlose, eine absolute Freiheit. Da der Mensch von Natur aus ungesellig und sogar einer zu des anderen Mörder gemacht war, herrschte ein Krieg aller gegen alle. Die Vernunft bestimmte den Menschen, diesen Zustand zu verlassen; da er den gewaltsamen Tod fürchtet und gerne die materiellen Güter in Ruhe genießen möchte, erkennt er, daß der Krieg aller gegen alle schließlich in der Vernichtung aller endet. Der Mensch erkennt aber auch die Grundsätze: das natürliche Gesetz, das erforderlich ist, um den Frieden herzustellen. Dieses Gesetz ist kein Naturrecht wie das absolute Freiheitsrecht, es hat keine normative Wirkung, sondern bedeutet nur eine vernunftmäßige Einsicht, eine Klugheitsregel. Es bestimmt den Menschen um des Friedens willen auf seine friedensstörenden Rechte zu verzichten, Verträge zu schließen und zu halten, anderen Menschen zu helfen, Streitfälle durch einen unparteiischen Richter verbindlich entscheiden zu lassen. Mit der Vernunft allein ist es aber nicht möglich, die Leidenschaften zu bezwingen. Deshalb verpflichten sich die Menschen untereinander, sich einer Macht zu unterwerfen, "die jeder einzelne fürchtet und nach deren Anordnungen er bei seinen Handlungen das allgemeine Wohl vor Augen haben muß". Diese Macht ist der Staat, der große Leviathan, wie ihn Hobbes nach dem biblischen Seeungeheuer nennt, der eine dauernde und unbeschränkte Macht über die Bürger besitzt. Trotz der unbeschränkten Macht ist der Staat nicht totalitär; seine Aufgabe ist, den Frieden im Staat zu sichern. Dabei ist er an das natürliche Gesetz der Vernunft gebunden. Allerdings bestimmt er selbst die Auslegung des Vernunftgesetzes in verbindlicher Weise, denn - so lautet ein Kernsatz von Hobbes - *auctoritas non veritas facit legem*. Deshalb unterscheidet Hobbes nicht zwischen gerechten und ungerechten Gesetzen, sondern zwischen guten und schlechten; ⁶⁾ die Fürsten sind nach dem Naturgesetz verpflichtet, gute Gesetze zu machen. Was ist ein gutes Gesetz? Ein Gesetz ist dann gut, wenn es das zum Wohl des Volkes Notwendige regelt. ⁷⁾ Das heißt:

4) VERDROSS, Abendländische Rechtsphilosophie, S. 139 ff.; G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 212 f.

5) HOBBS, LEVIATHAN, Kap. 13.

6) a. a. O., Kap. 30.

7) ebenda.

die Freiheit der Bürger muß um der Ordnung willen eingeschränkt werden. Der Staat hat dafür zu sorgen, daß sich die Bürger, die immer wieder von ihrer Freiheit einen übermäßigen Gebrauch machen wollen, in die Ordnung fügen. Da aber der Mensch von Natur aus des Menschen Feind ist, bedarf es einer übermäßigen Staatsgewalt, die staatliche Ordnung zu erhalten. "Mancher mag hier einwerfen," sagt Hobbes, "daß die Lage der Untertanen sehr bedauernswert sei, weil sie von der Willkür und den Launen der Machthaber abhängen. So klagt man ..., ohne zu bedenken, daß bei jeder Einrichtung unter Menschen Nachteile niemals ganz zu vermeiden sind und daß selbst die größten Unannehmlichkeiten kaum fühlbar sind im Vergleich zu dem Elend und den Schrecken eines Bürgerkrieges oder eines Naturzustandes ohne Gesetz und ohne Zwangsgewalt, welche die Hände der Menschen von Raub und Rache zurückhalten könnten." ⁸⁾

In dem angeführten Zitat kommt das Hauptanliegen Hobbes deutlich zum Ausdruck. Es geht ihm nicht um eine ideale Ordnung: eine wirkliche Ordnung soll auf Erden geschaffen werden, welche die Existenz der Menschen sichert. Obwohl Hobbes von ganz anderen Voraussetzungen ausgeht als die katholische Sozialphilosophie ist für ihn der Staat in ähnlicher Weise um des Lebens der Bürger willen da. Der Staat dient allerdings nicht zur Vervollkommnung der Menschen aber zur Erhaltung des Lebens der Bürger.

3. Auch für die Staatslehre Rousseaus ist der vorsoziale Zustand des Menschen der Ausgangspunkt; ⁹⁾ Anders als nach Hobbes lebte nach Rousseau der Mensch vor allen Staatsgründungen allein sich selbst genügend in den Wäldern ohne Arbeit und ohne Sprache. Keiner störte den anderen, da jeder sich selbst genug war. Deshalb bestand in diesem vorsozialen Naturzustand völlige Gleichheit. Dieser Zustand bestand solange, bis ein Mensch ein Stück Land in Besitz nahm und es zu seinem Eigentum erklärte. Damit begründete er die bürgerlichen Ungleichheiten, die durch Bergbau, Wissenschaft und Künste noch vergrößert wurden, bis sich schließlich Staaten bildeten, welche die Ungleichheiten sanktionierten. Rousseau fragt, unter welchen Voraussetzungen der Staat dennoch als legitim betrachtet werden könnte. Da er den Idealzustand in der vorsozialen, absoluten Freiheit und Gleichheit sieht, gilt es eine Staatsform zu finden, die diesem Idealzustand möglichst nahekommt. Man müßte, heißt es bei Rousseau, "eine Form der Vereinigung finden, die mit der gemeinsamen Kraft aller, Person und Güter jedes Mitglieds verteidigt und beschützt und durch die jeder, in dem er sich mit allen zusammenschließt, doch nur seinem eigenen Willen untertan wird und so frei bleibt wie zuvor." ¹⁰⁾ Für dieses Problem soll der Gesellschaftsver-

8) a. a. O., Kap. 18.

9) ROUSSEAU, Discours sur les sciences et les arts, S. 10.

10) ROUSSEAU, Contrat social, I, Kap. 6.

trag die Lösung bringen. Rousseaus Lehre vom Gesellschaftsvertrag haben wir oben schon dargestellt. ¹¹⁾ Entscheidend ist vor allem - insoweit wiederhole ich das oben Wiedergegebene -, daß auch derjenige, der gegen ein Gesetz gestimmt hat und bei der Abstimmung unterlegen ist, in dem Gesetz seinen Willen wiederfindet. ¹²⁾ Denn über eine Gesetzesvorlage abstimmen heißt darüber entscheiden, ob das Gesetz der *volonté générale* entspricht oder nicht. Entscheidet die Mehrheit, daß es der *volonté générale* entspricht, dann gilt es auch für die überstimmte Minderheit. Nachzutragen ist noch: die Volksversammlung ist souverän; es bestehen für sie keinerlei Schranken und auch an das Verfassungsgesetz ist sie nicht gebunden. ¹³⁾

4. Wie Hobbes und Rousseau denkt auch Kant den Menschen zunächst als vorsoziales, das heißt als ein von allen gesellschaftlichen Bindungen unabhängiges Wesen. Er begreift den Menschen aber nicht wie Rousseau als ein friedliches Wesen, das selbstgenügsam durch die Wälder zieht, sondern folgt weitgehend der Vorstellung von Hobbes. Die Natur des Menschen bezeichnet er als antinomisch und umschreibt sie näher als "ungesellig, gesellig". ¹⁴⁾ Im Gegensatz zu Hobbes betont also Kant stärker, daß der Mensch ein Doppelwesen, nämlich ein sinnliches und ein Vernunftwesen ist. Wäre er nur das letztere, sagt Kant, reichte die moralische Gesetzgebung aus. Da er aber auch ein sinnliches Wesen ist, bedarf er des Zwanges: der Mensch ist "ein Tier, das, wenn es unter anderen seiner Gattung lebt, einen Herrn nötig hat. Denn er mißbraucht gewiß seine Freiheit in Ansehung seinesgleichen; und ob er gleich als vernünftiges Geschöpf ein Gesetz wünscht, welches der Freiheit aller Schranken setze, so verleitet ihn doch seine selbstsüchtige tierische Neigung, wo er darf, sich selbst auszunehmen. Er bedarf also einen Herrn, der ihm den eigenen Willen breche und ihn nötige, einem allgemein gültigen Willen, dabei er frei sein kann, zu gehorchen." ¹⁵⁾ Ganz im Sinne Hobbes sieht Kant die Staatsgewalt als notwendigen Zwang um der Gesamtordnung willen. Die Konsequenz aus dieser Ansicht ist die berühmte Rechtsdefinition Kants: "Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden können." ¹⁶⁾ Kant begnügt sich jedoch nicht,

11) Vgl. oben § 17, 1a.

12) a. a. O., IV Kap. 2.

13) a. a. O., I, Kap. 7.

14) KANT, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, Vierter Satz.

15) KANT, a. a. O., Sechster Satz.

16) KANT, Die Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, § B.

die Staatsgewalt aus der Ordnungsfunktion des Staates zu begründen, sondern zieht auch den Gedanken Rousseaus heran: "Der Akt, wodurch sich das Volk selbst zu einem Staat konstituiert, eigentlich nur die Idee desselben, nach der die Rechtmäßigkeit desselben allein gedacht werden kann, ist der ursprüngliche Kontrakt, nach welchem alle (omnes et singuli) im Volk ihre äußere Freiheit aufgeben, um sie als Glieder eines gemeinen Wesens, das heißt des Volkes als Staat betrachtet (universi), sofort wieder aufzunehmen." ¹⁷⁾ Kant folgt aber noch weiter Rousseau indem er meint, daß die Zuständigkeit des Gesetzgebers unbeschränkt sei, da niemand sich selbst ein Unrecht zufügen könne. ¹⁸⁾

5. Bevor wir aus den vorstehenden Überlegungen Hobbes, Rousseaus und Kants Schlüsse auf die Gestaltung der Gesamtordnung von Staat und Gesellschaft ziehen, wollen wir zwei Punkte aus dem Vorgetragenen herausgreifen und überprüfen.

a) Der erste Punkt ist die Aussage von Hobbes und Kant über die Natur des Menschen. Hobbes findet seine These, der Mensch sei von Natur aus des Menschen Feind, durch die Erfahrung bestätigt: die Menschen haben trotz bestehender Gesetze Mißtrauen voreinander: "man denke nur, warum bemühen wir uns um Begleiter? Warum versehen wir uns mit Waffen, wenn wir eine Reise antreten? Warum verschließen wir Tür und Schränke, sobald wir uns schlafen legen?" ¹⁹⁾ "Hat nicht Kain seinen Bruder Abel als Neid ermordet? Aus jedem Bürgerkrieg erhellt, wie das menschliche Leben ohne einen allgemeinen Oberherrn beschaffen sein würde." ²⁰⁾ Ergibt sich aber aus diesen Beispielen, "daß die Natur den Menschen ungesellig gemacht und sogar einer zu des anderen Mörder bestimmt" hat? ²¹⁾ Aus der Tatsache, daß Menschen Menschen bestehlen und umbringen, folgt noch keineswegs, daß der Mensch von Natur des Menschen Feind ist. Ein solcher Schluß ist genausowenig geboten, wie aus der These, daß der Mensch des Menschen Freund ist, folgt, Menschen könnten Menschen nicht bestehlen und nicht umbringen. Erweist sich der Mensch als eines anderen Menschen Freund, so mag das in einem Fall aus Furcht vor dem Gesetz geschehen sein. Ausgeschlossen ist es aber nicht, daß es in anderen unabhängig von einem gesetzlichen Gebot geschah. Sieht man den Menschen nicht als Ebenbild Gottes an, so wird es schwer sein, die Natur des Menschen in der einen oder anderen Richtung zu bestimmen. Man wird sagen müssen, daß im Menschen beide Anlagen, des anderen Freund

17) KANT, Metaphysik der Sitten, Das Staatsrecht, § 47.

18) ebenda.

19) HOBBS, a. a. O., Kap. 13.

20) a. a. O., Kap. 13.

21) a. a. O., Kap. 13.

und Feind zu sein, vorhanden sind. Es ist denkbar, daß jeder Mensch des anderen Mörder sein kann, aber es ist nicht erweisbar, daß er es auch sein wird.

Noch eine andere Erwägung spricht gegen die These Hobbes! Wäre jeder Mensch von der Natur aus zu des anderen Menschen Mörder bestimmt, dann wäre jedes menschliche Zusammenleben unmöglich. Da die Leidenschaften auch im Staat erhalten bleiben und die Furcht vor der Strafe sie nur unvollkommen eindämmt, dann müßte hinter jedem Menschen ein Polizist zur Bewachung stehen. Die Polizisten ihrerseits müßten allerdings wieder bewacht werden, da sie schließlich auch nur Menschen sind. Der Reisebegleiter im Beispiel von Hobbes bietet nur einen unvollkommenen Schutz: in einem günstigen Augenblick könnte er über den anderen herfallen. Jeder könnte nur bis an die Zähne bewaffnet auf die Straße treten. Die Eheleute begegneten sich selbst im Schlafzimmer nur mit dem Revolver in der Hand! Die Beispiele, aus denen sich ergibt, daß die Menschen einander nicht nur mit Mißtrauen begegnen und sich auch als Freund des anderen erweisen können, ohne daß die Staatsgewalt im Nacken die Ursache gewesen wäre, ließen sich beliebig vermehren.

Aber auch, wenn wir stattdessen annehmen, daß im Menschen Anlagen zu beidem vorhanden sind, müßte der Staat jeden bewachen, da in jedem ein potentieller Feind des anderen steckt. Ein Zusammenleben der Menschen wäre dann nicht minder unmöglich, wie unter der Annahme, daß jeder tatsächlich des anderen Feind ist. Die Erfahrung lehrt aber, daß in der Regel die Menschen sich nicht gegenseitig zerfleischen; die Bevölkerungszahl der Erde ist in der Geschichte der Menschheit stets im Steigen begriffen. Dann läßt sich aber die Vermutung aufstellen, daß der Mensch sich normalerweise ordnungsgemäß verhält; das ist die sogenannte Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen, wie Dürig sie nennt. 22)

b) Der zweite Punkt, der Kritik verdient, ist die Begründung Rousseaus für die unbeschränkte Zuständigkeit des Gesetzgebers, auf die auch Kant zurückgeht. Rousseau behauptet, die Menschen, die sich im Gesellschaftsvertrag zu einem Staat zusammengeschlossen haben, seien so frei wie im Naturzustand. Das ist eine Fiktion! Keine Staatstheorie kann sich darüber hinwegsetzen, daß jeder Mensch auch im Staat ein Einzelwesen mit einem eigenen Willen bleibt. Und keine Staatstheorie kann wegleugnen, daß die Gewalt gegen einen Bürger, der sich einem Gebot nicht fügt, für diesen einen unangenehmen Zwang bedeutet. Daraus folgt: geht man von einem absoluten Freiheitszustand aus, bedeutet jeder Zusammenschluß zu einer Gemeinschaft eine Freiheitsbeschränkung. Lediglich nach einer Staats-

22) M.-D., Anm. 15 zu Art. 1; DERS., Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR Bd. 81, S. 125; vgl. dazu auch MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 319.

form ist zu suchen - insoweit ist der Ausgangspunkt Rousseaus zutreffend - die dem vorsozialen Idealzustand am nächsten kommt, das heißt den größtmöglichen Raum der individuellen Freiheit läßt. Dagegen ist eine Staatsform, in der jeder Mensch so frei ist wie zuvor, ein Widerspruch in sich selbst. Nimmt man aber die Demokratie als eine Staatsform, die dem einzelnen wenigstens den größtmöglichen Freiheitsraum beläßt und somit dem Idealzustand - dem vorsozialen Freiheitszustand - am nächsten kommt, dann ist weiter zu fragen, ob Rousseaus Begründung dafür zutrifft, daß auch die bei einer Abstimmung unterlegene Minderheit an das Gesetz gebunden ist. Rousseau meint, weil Gegenstand der Abstimmung lediglich sei, ob das Gesetz der *volonté générale* entspreche oder nicht, sei sie auf jeden Fall an das Gesetz gebunden, da sie Teil habe an der *volonté générale* und deshalb in ihr ihren Willen wiederfinde. Dieser Gedankengang erschiene einleuchtend, wenn sich das, was die *volonté générale* ausmacht, konkretisieren ließe. Die *volonté générale*, zu unterscheiden von der *volonté de tous*, ist die mystische Einheit der Bürger. Rousseau glaubt: sobald sich mehrere Menschen als einen einzigen Körper betrachten, hätten sie nurmehr einen Willen, der sich auf das gemeinsame Anliegen und das allgemeine Wohl bezieht. ²³⁾ Das ist eine unbewiesene Behauptung und eine utopische Vorstellung. Rousseaus *volonté générale* ist mit Menschen, deren Natur wir als "ungesellig, gesellig" erkannt haben, nicht zu erreichen. Seine Vorstellung vom Menschen in der Gesellschaft ist genauso idealisiert wie die vom vorsozialen Menschen, der friedlich in den Wäldern lebt. Deshalb wollen wir an die Stelle der *volonté générale*, der mystischen Einheit der Bürger, nach der die Gesetze ausgerichtet sind, etwas setzen, was jeder Mensch zu jeder Zeit bejahen muß, wenn er in Gemeinschaft leben will: die Ordnungsfunktion des Staates, wie sie von Hobbes entwickelt worden ist. Alle Akte der Staatsgewalt sind dann nur gerechtfertigt, wenn sie erforderlich sind, um die staatliche Ordnung zu gewähren.

Damit ist eine Grenze der Staatsgewalt aufgezeigt; allerdings entsteht dann die Frage, wie die staatliche Ordnung näher zu bestimmen sei. Sie ist mit Hilfe der bereits hergeleiteten Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen zu beantworten. Was bedeutet diese Vermutung? Sie bedeutet, daß der Mensch sich ohne Zwang ordnungsgemäß verhält. Weiter konkretisiert besagt sie: der Mensch verhält sich so, daß jedem ein Höchstmaß von Freiheit erhalten bleibt, wobei also jeder die mit dem Zusammenleben verbundenen Einschränkungen als notwendig in Kauf nimmt. Welche Einschränkungen notwendig sind, läßt sich generell nie sagen, sie ergeben sich jeweils nur aufgrund eingehender Würdigung des Einzelfalls. Da die Vermutung für ordnungsmäßiges Verhalten der Menschen spricht, ist die Einschränkung der Freiheit die Ausnahme; die Zwangsgewalt ist also auf die Fälle, in denen die Vermutung nicht eingreift, beschränkt. Das ist in zwei

23) ROUSSEAU, *Contrat social*, IV. Kap. 1.

Fällen denkbar: Einmal, wenn ein Mensch durch sein Verhalten die für ihn sprechende Vermutung widerlegt hat. Der Mörder, der Dieb und so weiter sind dafür Beispiele. Zum anderen, wenn die tatsächliche Lage das Eingreifen der Vermutung garnicht gestattet. Die Vermutung setzt die Menschen als annäherungsweise gleich voraus. Sobald diese Voraussetzung nicht gegeben ist, liegt wieder eine Ausnahmesituation vor, die einen Eingriff in die Freiheit rechtfertigt.

Unter zweierlei Gesichtspunkten ist also ein Eingriff gerechtfertigt: zur Wahrung der Friedensordnung und zur Herstellung der Gleichheitsordnung. Beruft sich der eingreifende Staat auf eine dieser Ausnahmen, so hat er im Streitfall die Eingriffsvoraussetzungen zu beweisen. ²⁴⁾

6. Welche Schlüsse können wir aus den vorstehenden Überlegungen für unsere Behauptung ziehen, daß die kritische Philosophie Kants einen Ansatzpunkt für das Subsidiaritätsprinzip liefert?

Der Mensch ist wie in der katholischen Sozialphilosophie als ein freies, sittlich sich selbst bestimmendes Wesen, als Individualität erkannt. Anders als Aristoteles und Thomas sieht Kant aber die Einordnung des Menschen in die Gesellschaft; mag auch die Vernunft den Menschen belehren, daß er der Gesellschaft bedarf, die tierische Neigung im Menschen streitet dagegen; deshalb erscheint die soziale Bindung als Zwang und Einschränkung der natürlichen Freiheit. Dieser Unterschied läßt aber unberührt, daß den Menschen im Staat - nach Kant gleichermaßen wie nach der katholischen Sozialphilosophie - ein von der Ordnungsgewalt begrenzter Freiheitsraum zusteht. Da es den Menschen freisteht, innerhalb dieses Raumes nach Belieben zu verfahren, müßte es ihnen auch freistehen, Vereinigungen zu bilden. Oder wäre das mit der Ordnungsaufgabe des Staates unvereinbar?

So wenig sich die These Hobbes, der Mensch sei von Natur aus des Menschen Feind, als zutreffend erwies, genausowenig gilt der Satz, daß sich die Gruppen innerhalb eines Staates notwendigerweise bekämpfen und dadurch die Einheit des Staates zerstören. Für die Verbände können wir entsprechend wie für den einzelnen sagen: die Möglichkeit, daß Verbände die Einheit des Staates gefährden oder gar zerstören, ist nicht auszuschließen; die Vermutung spricht aber dafür, daß solches nicht geschieht. Im Gegensatz zu Schmitt ²⁵⁾ nehmen wir also be-

24) Vgl. dazu ausführlich Peter SCHNEIDER, In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 263 ff.; AUER, Die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, S. 60 ff.

25) Carl SCHMITT, Der Begriff des Politischen, S. 26; vgl. dazu Peter SCHNEIDER, Ausnahmezustand und Norm, S. 235 ff.; auch GIGER, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, S. 208 f.

wußt in Kauf, daß die Einheit des Staates nach der "pluralistischen Konzeption" tagtäglich neu entsteht und kalkulieren die Möglichkeit des Nichtkompromisses ein. Wir können gar nicht anders, denn die Ordnungsfunktion des Staates verbietet nicht die Gruppenbildung. Werden Gemeinschaften gebildet, so erscheinen sie als Ausfluß individueller Initiativen. Was für jede Handlung des Menschen, die sich im Rahmen seines Freiheitsrechts hält, gilt, gilt auch für die Begründung einer Gemeinschaft; das Freiheitsrecht garantiert den Bestand und schützt vor staatlichem Eingriff. 26) Damit ist das Verhältnis einer Gemeinschaft zum Staat genauso erfaßt, wie es im Subsidiaritätsprinzip ausgedrückt ist. Damit ist nun freilich nicht der ganze Gehalt des Subsidiaritätsprinzips erschöpft; das Verhältnis der Gemeinschaften innerhalb des Staates zueinander ist noch offen. Er gibt sich, daß einer Gemeinschaft eine andere übergeordnet ist, die nicht Staat aber in der Lage ist, wie der Staat mit "Gewalt" einzugreifen, dann gilt zwischen diesen Gemeinschaften aus den gleichen Erwägungen auch das Subsidiaritätsprinzip.

7. Wir fanden in diesem Paragraphen als Ordnungsprinzip der Gesellschaft das Subsidiaritätsprinzip, ohne auf die Vorstellung vom Menschen als dem Ebenbild Gottes zurückzugreifen zu müssen. Die Begründung des Subsidiaritätsprinzips aufbauend auf der kritischen Philosophie Kants soll nicht gegen die im vorhergehenden Paragraphen dargestellte Begründung ausgespielt werden, mit dem Ziel, jene als falsch zu erweisen. Wie der Richter, wenn er eine Klage zuspricht, für das Urteil aus mehreren Anspruchsgrundlagen diejenige wählt, welche die wenigsten Voraussetzungen hat, um sich die Entscheidung schwieriger Fragen zu ersparen, wollen wir uns mehr auf die in diesem Paragraphen versuchte Begründung des Subsidiaritätsprinzips stützen, weil sie weniger Voraussetzungen hat als jene der katholischen Sozialphilosophie. Auf diese Weise dienen wir, wie es Schneider ausgedrückt hat, dem Postulat maximaler Diskutierbarkeit, weil der Diskussionshorizont am größten ist, wenn für ein Ergebnis die geringsten Voraussetzungen gemacht werden. 27)

26) Vgl. dazu EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 348.

27) Vgl. dazu Peter SCHNEIDER, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, S. 35 f. gegen WERTENBRUCH, Grundgesetz und Menschenwürde, S. 170 und DÜRIG, in: M. -D., Art. 1 Abs. 1 Anm. 15, Fußnote 2.

§ 21

DAS SUBSIDIARITÄTSPRINZIP UND DIE GEWALTENTEILUNG

Die Ausführungen in den beiden vorausgegangenen Paragraphen dienten dazu zu zeigen, daß das Subsidiaritätsprinzip aus dem Menschenbild folgt. In diesem Paragraphen werden wir sehen, daß eine Gesellschaftsordnung nach dem Subsidiaritätsprinzip die Funktion hat, den Staat als liberalen Rechtsstaat zu lähmen, wie Carl Schmitt sagt,¹⁾ oder wie wir sagen wollen, den einzelnen vor der Gier des Leviathan zu schützen. Kant hat die Bedrohung der Freiheit durch den Staat folgendermaßen beschrieben: "Er (der Mensch) mag es also anfangen, wie er will; so ist nicht abzusehen, wie er sich ein Oberhaupt der öffentlichen Gerechtigkeit verschaffen könnte, das selbst gerecht sei, er mag dieses nun in einer einzelnen Person oder in einer Gesellschaft vieler dazu auserlesener Personen suchen. Denn jeder derselben wird immer seine Freiheit mißbrauchen, wenn er keinen über sich hat, der nach den Gesetzen über ihn Gewalt ausübt. Das höchste Oberhaupt soll aber gerecht für sich selbst aber doch ein Mensch sein. Diese Aufgabe ist dabei die schwerste unter allen; ja ihre vollkommene Auflösung ist unmöglich; aus so krummem Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, kann nichts ganz gerades gezimmert werden. Nur die Annäherung zu dieser Idee ist uns von der Natur auf-erlegt." ²⁾

Die Möglichkeit des Machtmißbrauches wird um so größer, je größer die Machtfülle in der Hand eines einzigen ist. Deshalb forderte schon Montesquieu, den Gedanken Lockes weiterverfolgend, die Dreiteilung der Gewalten in Legislative, Exekutive und Rechtsprechung. Kant hat sich dem angeschlossen: nur ein Staat, in dem die Gewalten geteilt sind, könne nach "Freiheitsgesetzen" gebildet und erhalten werden. ³⁾ Montesquieu hat - was meistens übersehen wird - neben der Dreiteilung der Gewalten noch eine andere Gewaltenteilung befürwortet: "Das Vorhandensein untergeordneter und abhängiger Zwischengewalten (*pouvoirs intermédiaires*) macht das Wesen der monarchischen Regierungsform aus, das heißt, der, in welcher ein einzelner nach Grundgesetzen regiert. Ich sagte: untergeordnete und unabhängige Zwischengewalten, denn in der Monarchie ist tatsächlich der Fürst der Herr aller staatlichen und bürgerlichen Macht. Diese Grundgesetze erfordern mit Nowendigkeit verbindende Kanäle, durch welche die Macht fließen kann; denn wenn in einem Staat nur der von Augenblickslaune diktierte Wille eines einzelnen gilt, so kann es keine feste Regel und daher auch kein Grundgesetz geben." ⁴⁾ Solche untergeordneten Zwischengewalten sind der Adel, die

1) Carl SCHMITT, Der Begriff des Politischen, S. 25.

2) KANT, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, Sechster Satz.

3) KANT, Metaphysik der Sitten, § 45.

4) MONTESQUIEU, Vom Geist der Gesetze, Buch II, Kap. 4.

Geistlichkeit, die politischen Körperschaften. ⁵⁾ An anderer Stelle sagt Montesquieu: "Wie die Demokratien verfallen, wenn das Volk den Senat, die Behörden und die Richter ihrer Aufgaben beraubt, so gehen die Monarchien zugrunde, wenn man den Ständen und Städten allmählich ihre Vorrechte nimmt. Im ersten Fall kommt es zur Gewaltherrschaft der Masse, im zweiten zur Despotie eines einzelnen. Die Dynastien Tsin und Soui gingen zugrunde, sagt ein chinesischer Schriftsteller, weil die Herrscher, statt sich wie ihre Vorfahren auf ein allein eines Herrschers würdiges bloßes Aufsichtsrecht zu beschränken, in allem unmittelbar selbst regieren wollten ... Ferner verdirbt die Monarchie, wenn ein Fürst glaubt, seine Macht besser beweisen zu können, indem er die Ordnung der Dinge ändert, statt sie zu bewahren, wenn er den einen ihre natürlichen Aufgaben nimmt, um sie willkürlich auf eine andere zu übertragen und seinen phantastischen Launen lieber folgt als festen Entschlüssen. Auch dann geht die Monarchie zugrunde, wenn der Fürst alles auf sich selbst bezieht, den Staat in seine Hauptstadt, die Hauptstadt an seinen Hof und den Hof in seine Person verlegt." ⁶⁾ Montesquieu hat die Bedeutung der *pouvoirs intermédiaires* nur für die Monarchie ausgesprochen. Vielleicht glaubte er eine Demokratie bedürfe keiner Zwischengewalten. Hierüber sind wir inzwischen eines besseren belehrt; auch die Demokratie ist der Gefahr ausgesetzt, zur Despotie auszuarten. Vielleicht vertrat Montesquieu ähnlich wie später Rousseau, daß Zwischengewalten mit dem Wesen der Demokratie nicht vereinbar seien. Rousseau meint: "Um eine klare Darlegung der *volonté générale* zu erhalten, ist es von Wichtigkeit, daß es im Staat keine besonderen Gesellschaften geben soll." ⁷⁾ Bestehen nämlich Parteien und andere Gemeinschaften, so bildet sich schon innerhalb der jeweiligen Gruppierung ein allgemeiner Wille, der dem Staat als ein einzelner Wille gegenübertritt. Es sind damit nicht mehr so viel Stimmberechtigte wie Menschen vorhanden, sondern nur so viele, wie es Gruppierungen gibt. Da aber nach Rousseaus "subtiler Metaphysik" ⁸⁾ der Demokratie auch die horizontale Gewaltenteilung dem Bedürfnis, die *volonté générale* reinzuerhalten, widerspricht, ist nicht anzunehmen, daß Montesquieu aus ähnlichen Bedenken, wie sie Rousseau

5) a. a. O.

6) a. a. O., Buch VIII, Kap. 6.

7) ROUSSEAU, *Contrat social*, Buch II, Kap. 3; vgl. dazu auch die ähnliche Argumentation von: FORSTHOFF, *Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat*, S. 10; KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, S. 69; MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 339 f.; Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, S. 73, 192 f.; DERS., *Verfassungslehre*, S. 273.

8) CONSTANT, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, S. 103.

entwickelt hat, die Lehre von den pouvoirs intermédiaires auf die Monarchie beschränkte. Deshalb sehen wir keinen Grund, sie nicht auf die Demokratie auszuweiten. ⁹⁾

De Toqueville hat am Beispiel der Vereinigten Staaten deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die pouvoirs intermédiaires für eine Demokratie nicht weniger wichtig sind als für eine Monarchie: "Sollte die Freiheit in Amerika jemals untergehen, so wird man dafür die Allmacht der Mehrheit verantwortlich machen müssen, die die Minderheit zur Verzweiflung bringt und sie zwingt zur Gewalttätigkeit zu greifen." ¹⁰⁾ Der Grund dafür, daß die amerikanische Demokratie nicht entartet ist, liegt nach de Toqueville in der föderalistischen Struktur der Vereinigten Staaten begründet. Die bundesstaatliche Form und die gemeindliche Selbstverwaltung sind die versteckten Klippen, welche "die Brandung des Volkswillens aufhalten und spalten." ¹¹⁾ Hatte die Zentralregierung umfassendes Exekutivrecht, dann gabe es in den Vereinigten Staaten bald keine Freiheit mehr.

De Toqueville steht keineswegs mit dieser Einsicht allein da. Gerade auf die Bedeutung der Gemeinde als Freiheitsgarantie hat Gasser in "Gemeindefreiheit als Rettung Europas" eindringlich hingewiesen. Die Bedeutung der Gemeinschaften und Verbände für die menschliche Freiheit hat von Gierke in der Einleitung zum "Deutschen Genossenschaftsrecht" herausgehoben.

Was Montesquieu und de Toqueville für spezielle pouvoirs intermédiaires entwickelt haben, können wir sinngemäß auf alle beliebigen Zwischengewalten ausdehnen. Alle menschlichen Gemeinschaften besitzen, wie in den vorangegangenen Paragraphen dargelegt wurde, Eigenständigkeit, kraft deren sie berechtigt sind, Eingriffe des Staates abzuwehren. Damit erfüllen sie alle die Funktion, die Brandung des Volkswillens aufzuhalten oder zu spalten. ¹²⁾

9) Vgl. dazu BENDER, Theorien der gemeindlichen Selbstverwaltung, S. 127.

10) de TOQUEVILLE, Über die Demokratie in Amerika, Bd. 1, S. 300.

11) a.a.O., S. 303.

12) Vgl. dazu auch Peter SCHNEIDER, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AöR Bd. 82, S. 1 ff.; SÜSTERHENN, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung, S. 141 ff.

DAS SUBSIDIARITÄTSPRINZIP ALS ORDNUNGSPRINZIP DES GRUNDGESETZES

1. Nachdem wir in den vorangegangenen Paragraphen die Bedeutung der Subsidiaritätsordnung ohne Bezug zu einer konkreten Staatsordnung dargestellt haben, soll hier gezeigt werden, daß dem Grundgesetz das Subsidiaritätsprinzip als Ordnungsprinzip zugrunde liegt.¹⁾ Da dieses Prinzip nicht ausdrücklich in der Ver-

1) Es brauchte lange bis das Subsidiaritätsprinzip in der staatsrechtlichen Literatur erwähnt wurde. In der 5. Auflage (1956) des Deutschen Staatsrechtes von MAUNZ sucht man noch vergeblich nach einem Hinweis. Obwohl inzwischen immer mehr Stimmen für das Subsidiaritätsprinzip sprechen, fehlt eine umfassende kritische Untersuchung über das Verhältnis des sozialphilosophischen Prinzips zum Grundgesetz. Vielfach setzt man das Subsidiaritätsprinzip mit den Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Freiheit und staatlichem Eingriff oder dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gleich, ohne zu erkennen, daß die eigentliche Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips auf anderem Gebiete liegt. So zum Beispiel: BRENNER, Gelten die Grundrechte auch für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand?, in: BB 1962, S. 727; kritisch deshalb LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 200 dazu insbesondere die Hinweise in den Fußnoten 157 und 158; vgl. im einzelnen: AUER, Die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, S. 76 ff.; BALLERSTEDT, Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, in: JZ 1951, S. 486 ff.; DÜRIG, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, in: JZ 1953, S. 193 ff.; DERS., in: M. -D., Anm. 54 zu Art. 1 Abs. 2, 52 zu Art. 2 Abs. 1; EHMKE, Wirtschaft und Verfassung; HAMANN, Autonome Satzung und Verfassungsrecht, S. 21; DERS., Das Grundgesetz, Einf. 1 D 18 (ablehnend); FECHNER, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat; DERS., Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, in: RdA 1955, S. 162 f.; HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in: DÖV 1956, S. 97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff.; KÜCHENHOFF, Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität im Arbeitsrecht, in: RdA 1959, S. 201 ff.; MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 428 ff.; MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, S. 68; MENDER, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, S. 28; NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 26; OLBERSDORF, Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, in: ArbUr 1955, S. 129 ff.; REUSS, Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips, in: REUSS, JANTZ, Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, S. 12 ff.; SCHNORR, Das Arbeitsrecht als Gegenstand internationaler Rechtsetzung, S. 217 ff.; SCHNORR, Kollektivmacht und Individualrechte im Berufsverbandswesen, in: Festschrift für Molitor, S. 237; STRICKROTH, Die gewerblichen Staatsunternehmen, S. 175; dazu SCHEUNER, Besprechung in: BB 1955, S. 164; WOLFF, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 15.

fassung enthalten ist, hat eine Grundgesetzinterpretation zu erweisen, daß es sich mittelbar aus dem Grundgesetz ergibt. Der Gang der folgenden Prüfung entspricht dem in dem vorangegangenen Paragraphen geübten allerdings mit umgekehrten Vorzeichen; während das Subsidiaritätsprinzip dort aus den gewählten Prämissen - der Mensch als Ebenbild Gottes, die Freiheitsvermutung Kants - abgeleitet wurde, suchen wir hier im Verfassungsgesetz nach den Bausteinen, die zusammengefügt die Subsidiaritätsordnung ergeben. Dabei ist ohne weitere Ausführungen klar, daß wir diese Bausteine nicht schon fertig zugehauen - also im Wortlaut der Verfassung - vorfinden werden, sondern uns erst herausarbeiten müssen, und zwar mit Hilfe einer Verfassungsinterpretation.

Deshalb zuvor eine allgemeine Bemerkung zum Problem der Verfassungsinterpretation! Wir werden bei der Interpretation des Grundgesetzes der "objektiv-systematischen" Auslegungsmethode folgen.²⁾ Diese Methode ist dadurch gekennzeichnet, daß nach ihr ausgehend vom Wortlaut über den nächsten Zusammenhang, in dem eine Grundgesetzbestimmung steht, der Stellenwert im Gesamtsystem erforscht, wobei die Bedeutung des Gesamtsystems seinerseits aus dem Wortlaut unter Zuhilfenahme der philosophischen Wertungen und geschichtlichen Entwicklung erschlossen wird. Die "objektiv-systematische" Methode ist damit ein Wechselspiel zwischen unmittelbar aus dem Grundgesetz Ablesbarem und außerhalb des Grundgesetz Liegendem vom Grundgesetzgeber Einbezogenen eigen.

Die Berechtigung dieser Methode wird durch folgenden Gedankengang erhellt: Jede Einzelbestimmung eines Gesetzes erfüllt eine bestimmte Funktion im gesetzgeberischen Gesamtwerk. Diese Funktion kann aber nur ermittelt werden, wenn die Leitlinie des Gesamtwerks und die systematische Stellung der Einzelbestimmung in dem Gesamtwerk aufgezeigt ist. Das Gesetz und seine Leitlinie aber sind allein aus sich selbst heraus nicht erklärbar. Vielmehr erweist es sich in gewissem Umfang als Produkte der geistesgeschichtlichen Entwicklung. Sei es, daß der Gesetzgeber das Altbewährte übernommen und weiter ausgebaut, sei es, daß er in bewußtem Gegensatz zu dem, was sich nicht bewährt hat, neue Formen gewählt hat. Dieser Gedanke muß für die Interpretation einer Verfassung³⁾ in stärkerem

2) Unter Berücksichtigung der vorgängigen Literatur dargelegt bei P. SCHNEIDER, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in: VVDStRL Bd. 20, S. 8 ff.; DERS., Rechtsgutachten zur Frage der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 GG, insbesondere zur Stellung der Presse im Strafverfahren, S. 6 f.

3) Vgl. zum Problem der Verfassungsinterpretation allgemein: EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL Bd. 20, S. 53 ff.; FORSTHOFF, Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert, in: ZStW 1936, S. 49 ff.; DERS., Zur Problematik der Verfassungsauslegung; DERS., Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschr. für Carl Schmitt, S. 35 ff.; HOLLERBACH, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung, in: AÖR Bd. 85,

Maße gelten als für die eines Gesetzes. In aller Regel ist eine Verfassung kein gesetzestechnisches Meisterwerk. Während die Väter eines Zivilgesetzbuches meistens außerhalb des Parlamentes in Studierstuben, die mit Pandektenlehrbüchern angefüllt sind, gesucht werden müssen, sind die Schöpfer der Verfassung in der Regel Politiker; die Verfassung ist nicht nur ein Gesetzestext sondern ein politisches Dokument. Ihre Regelungen werden häufig nur als "response" der Gegenwart auf den "challenge" der Vergangenheit begreiflich, wie Ridder gegen Forsthoff hervorhebt. ⁴⁾ Da aber nicht immer von einer "response" die Rede sein kann, ist die Entstehungsgeschichte nur eine Interpretationshilfe, ein Hinweis, der die Richtung angeben kann, aber noch nicht Ziel ist. Den Gehalt einer Verfassungsbestimmung erhellt erst der philosophisch begründete werthierarchische Bezug. Zur Verdeutlichung, was damit gemeint ist, sei folgendes angeführt: Es ist kaum vorstellbar, daß ein Verfassungsgesetzgeber das Verhältnis von Individuum zu Staat, Freiheit zu Einschränkung ohne Bezug zu einer bestimmten Grundhaltung regelt. Allerdings wird er kaum in der Präambel darlegen, die Verfassung sei im Geiste Platons oder Rousseaus zu interpretieren. Wohl wird er aber, sobald er grundsätzliche Fragen berührt, mit Begriffen arbeiten oder Regelungen treffen, die einen Rückschluß auf seine Grundhaltung zulassen. Dann ist aber nicht einzusehen, warum diese Grundhaltung zur Interpretation nicht herange-

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 113:

S. 241 ff.; Hans HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, S. 95, 105 ff.; IMBODEN, Normkontrolle und Norminterpretation, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, S. 133 ff.; Herbert KRÜGER, Verfassungsauslegung nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers, in: DVBl 1961, S. 685 ff.; DERS., Verfassungsänderung und Verfassungsauslegung, in: DÖV 1961, S. 721 ff.; LEISNER, Betrachtungen zur Verfassungsauslegung, in: DÖV 1961, S. 641 ff.; LERCHE, Stil, Methode, Ansicht, in: DVBl 1961, S. 690 ff.; LÜCHINGER, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung; PETERS, Auslegung der Grundrechtsbestimmungen aus der Geschichte, in: Historisches Jahrbuch 1953, S. 457; RIDDER, a. a. O., S. 3 ff.; SCHEUERLE, Rechtsanwendung; Peter SCHNEIDER, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL Bd. 20, S. 1 ff.; STERN, Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts; ZIPPELIUS, Wertungsprobleme im System der Grundrechte.

- 4) RIDDER, a. a. O., S. 5 Fußnote 15 gegen FORSTHOFF, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, a. a. O. vgl. dazu auch PETERS, a. a. O.

zogen werden sollte. 5)

2. Nach diesen allgemeinen Überlegungen zur Methode der Verfassungsinterpretation kehren wir zurück zur Ausgangsfrage: liegt dem Grundgesetz als Ordnungsprinzip das Subsidiaritätsprinzip zugrunde?

a) So wenig das Subsidiaritätsprinzip im Grundgesetz erwähnt ist, so wenig ist es die Freiheitsvermutung oder die Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen. Das Grundgesetz zählt aber im Grundrechtskatalog eine Reihe von Freiheitsrechten auf und führt jeweils ihre Einschränkungsmöglichkeit an. Systematisch sind die Grundrechte als Ausformungen des ersten Satzes des Grundgesetzes: "Die Würde des Menschen ist unantastbar" Art. 1 Abs. 1 Satz 1) gestaltet. Das ergibt sich aus Absatz 2 von Art. 1, worin es heißt: "Das deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten". "Darum" kann hier nur meinen: weil die Würde des Menschen unantastbar ist. 6)

Welche Bedeutung hat der Grundrechtssatz von der Unantastbarkeit der Menschenwürde? Obwohl in Art. 1 Absatz 3 GG ausgesprochen ist, daß die nachfolgenden Grundrechte - also Art. 2 und alle weiteren - die drei Gewalten als unmittelbar geltendes Recht binden, ist es nicht gerechtfertigt anzunehmen, Art. 1 Absatz 1 sei nur eine in große Worte gehüllte inhaltleere Einleitungsflöskel, die juristisch nicht verwertbar sei. Eine solche Auslegung würde Art. 79 Absatz 3 GG nicht gerecht, wonach die in Art. 1 niedergelegten Grundsätze für unabänderlich erklärt sind. Hier ist es nicht erforderlich zu entscheiden, welche Bedeutung Art. 1 letztlich zukommt - insbesondere ob er Grundrechtsqualität hat. Da die Grundrechte Ausformungen der Menschenwürde sind, ist Art. 1 Absatz 1 wenig-

5) Diese Interpretationsmethode kann man als menschenbezogen bezeichnen. Vgl. BVerfGE Bd. 2, S. 12; 4, S. 15; 5, S. 204 ff.; 6, S. 32 ff. und zur Interpretationsmethode des Bundesverfassungsgerichtes allgemein, SCHNEIDER, a.a.O., S. 12 f. Lediglich FORSTHOFF, insbes. Die Umbildung des Verfassungsgesetzes a.a.O., wendet sich gegen eine geistesgeschichtlich-werthierarchische Interpretationsmethode, weil er meint, damit würde die Verfassung zur Disposition des Interpreten gestellt. Dazu kritisch vor allem SCHNEIDER, a.a.O., S. 2 f., 27 ff.; RIDDER, a.a.O., S. 4 f.

6) M.-D., Anm. 4 ff. zu Art. 1 Abs. 1; Anm. 55 zu Art. 1 Abs. 2 GG; DÜRIG, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR Bd. 42, S. 117; DERS., Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, in: JR 1952, S. 259; WINTRICH, Zur Problematik der Grundrechte, S. 10 ff.

stens als "oberstes Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts" anzusehen.⁷⁾ Mit diesem Ergebnis ist ein erster Schritt getan, mit Hilfe einer Wortinterpretation den Begriff "Würde des Menschen" näherungsweise zu erfassen. Die Würde des Menschen muß eine Eigenschaft des Menschen sein, die es rechtfertigt, sie als Ursache allen Rechts, und insbesondere der Freiheitsrechte anzusehen. Aber noch ein weiteres läßt sich aus dem Verfassungstext ablesen! Während die Rechte des Menschen in diesem oder jenem Fall eingeschränkt oder sogar ganz beseitigt werden können, ist die Würde unantastbar. Nach dem Sprachgebrauch versteht man unter "tasten" das nur vorsichtige Befühlen. Dann muß die Würde des Menschen ein so werthafte Gut des Menschen sein, daß die Möglichkeit der Einschränkung oder Verletzung überhaupt nicht erwogen werden darf. Mehr ist aus dem Wortlaut des Art. 1 GG nicht zu entnehmen.

Das Ergebnis dieser Wortinterpretation des Art. 1 Absatz 1 GG ermöglicht uns für die weitergehende werthierarchisch-philosophische Interpretation den rechten Ausgangspunkt zu fassen. Die Frage, welche Eigenschaft des Menschen - als Würde bezeichnet - die Freiheitsrechte bedingt und gleichzeitig unantastbar ist, verweist uns auf die "Individualität des Menschen",⁸⁾ wie wir sie oben im Rahmen der christlichen und kritischen Philosophie beschrieben haben.⁹⁾ Bei aller Vorsicht, vorschnelle Schlüsse zu vermeiden, wird man sagen können, daß mit der Garantie der Menschenwürde und der Garantie der Individualität eine Eigenständigkeit des Menschen anerkannt ist, vor welcher der staatliche Eingriff halt zu machen hat.¹⁰⁾ In diese Vorstellung fügt sich die Bestimmung des Art. 19 Absatz 2 GG sinnvoll ein, wonach es verboten ist, ein Grundrecht - die Konkretisierung der Menschenwürde! - in seinem Wesensgehalt anzutasten. Dieses Ergebnis mag vorerst genügen.

b) Nach diesem Interpretationsversuch des Art. 1 Absatz 1 GG wollen wir uns mit den Ausfaltungen der Menschenwürde, den Freiheitsrechten und ihren Be-

-
- 7) M.-D., a. a. O. Der Terminus geht auf Wintrich, a. a. O. zurück. Die Grundrechtsqualität von Art. 1 Absatz 1 vertritt vor allem NIPPERDEY, in: Die Grundrechte, Bd. 2, S. 11 ff. Vgl. dazu M.-D., Anm. 4 a. a. O. weitere Lit. Fußnote 1 und 2; HAMANN, a. a. O., A 1 a zu Art. 1; v. MANGOLDT-KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, III 1 b zu Art. 1.
- 8) M.-D., Anm. 17 ff. a. a. O.; WINTRICH, a. a. O., S. 6 ff.; HAMANN, a. a. O., B 1 zu Art. 1; v. MANGOLDT-KLEIN, a. a. O., III 3 b zu Art. 1.
- 9) §§ 19, 2; 20, 5.
- 10) M.-D., Anm. 28 ff. zu Art. 1 Abs. 1 GG; WINTRICH, a. a. O., S. 17; vgl. auch BVerfGE Bd. 1 S. 104; 7 S. 198 (221).

schränkungen beschäftigen. Einige Grundrechte - das Hauptfreiheitsrecht (Art. 2 Absatz 1 GG), das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Absatz 1 und 2 GG), das Recht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Absatz 1 und 2 GG), die Eigentumsgarantie (Art. 14 Absatz 1 und 2 GG) - enthalten bereits verfassungsrechtliche Schranken. Es ist müßig, darüber zu streiten, ob diese Schranken immanent sind, das heißt, ob das Grundrecht als ein von vorneherein eingeschränktes Recht zu decken ist. Diese Ansicht werden alle diejenigen vertreten, welche die Rechtsordnung vom christlichen Naturrecht aus sehen.¹¹⁾ Andere - von einem absoluten Freiheitsrecht ausgehend - werden auch die verfassungsrechtlichen Schranken als echte Beschränkungen begreifen. Müßig ist der Streit deshalb, weil die Synthese zwischen Freiheit und Bindung bei den genannten Grundrechten, wie Dürig sagt, nur "materiellrechtlich" ist. Im Kampf um die Synthese, wenn also um die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs gestritten wird, besteht dagegen wohl ein Spannungsverhältnis.¹²⁾ Dieses Verhältnis ist dadurch gekennzeichnet, daß die Freiheit die Regel, die Beschränkung die Ausnahme ist.¹³⁾ Diese Behauptung läßt sich aus dem Wortlaut der Grundrechte oder der Textgestaltung im Grundgesetz begründen. Die Beschränkungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sind in einem negativ gefaßten Nebensatz - mit "soweit" eingeleitet - enthalten. Die negative Fassung eines Nebensatzes, der Einschränkungen enthält, ist nach herkömmlicher Gesetzestechnik Ausdruck für eine Ausnahme zur Regel des Hauptsatzes. Der "Soweit-nicht-Nebensatz" ist im übrigen die typische Form, in welcher der Gesetzgeber auf Grund des Regel-Ausnahmen-Verhältnisses die Beweislast zu bestimmen pflegt.¹⁴⁾

Die meisten anderen Grundrechte sind allgemein durch Gesetz oder durch Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen für einschränkbar erklärt. Auch für diese Grundrechte gilt, daß ihre Einschränkung eine Ausnahme ist.¹⁵⁾ Die verfassungs-

11) M.-D., Anm. 25 zu Art. 2 Abs. 1 (Fußnote 3), Anm. 69 ff.; RAISER, Vertragsfreiheit heute, in: JZ 1958, S. 5 ff.; führt zum Verhältnis Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 1 zur Sozialstaatsklausel aus; Art. 2 Abs. 1 GG verhalte sich zum Prinzip der Sozialstaatlichkeit nicht wie Regel und beschränkende Ausnahme, sondern wie These und Antithese im dialektischen Prozeß der Verwirklichung unseres Staates. HAMANN, a.a.O., B 4 a zu Art. 2; dazu SCHNEIDER, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL Bd. 20, S. 33 (Fußnote 103).

12) M.-D., a.a.O.

13) Vgl. dazu Peter SCHNEIDER, In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 263 ff., 279 f.

14) Vgl. bei ROSENBERG, Die Beweislast, S. 140, 332.

15) M.-D., Anm. 69 ff. zu Art. 2 Abs. 1 GG, Anm. 72: Präponderanz der Freiheit; WINTRICH, a.a.O., S. 31: Ausgangsvermutung für die Freiheit.

mäßigen Einschränkungen der übrigen Grundrechte sind alle jeweils in einem zweiten Absatz geregelt. Die Aufteilung eines Komplexes in zwei Absätzen ist ähnlich wie die Negativfassung ein bekanntes Mittel des Gesetzgebers um das Verhältnis Regel - Absatz 1 - und Ausnahme - Absatz 2 - auszudrücken. Soweit der Wortlaut oder die Textgestaltung die Begründung nicht liefern, ergibt sich das aus Art. 19 Absatz 1 und 2 GG. Warum sollte die Grenze zum Wesensgehalt des Grundrechts Haltegebot für die Staatsgewalt sein, wenn die Einschränkung nicht die Ausnahme ist? ¹⁶⁾ Auch Art. 19 Absatz 1 GG liegt der gleiche Gedanke zugrunde: Das Gebot an den Gesetzgeber bei Einschränkungen den eingeschränkten Grundrechtsartikel im Gesetz beim Namen zu nennen, erfüllt eine Warnfunktion: denke daran, Gesetzgeber, daß du dich auf gefährlichen Boden begibst! Diese Auffassung entspricht der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur. Beispielsweise sei auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht der Berufsfreiheit verwiesen. ¹⁷⁾ Das Bundesverfassungsgericht hat klar herausgestellt, daß nicht jede Einschränkung der Berufsausübung zulässig ist, obwohl sie nach Art. 12 Absatz 1 Satz 1 GG unter dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt steht. Der Gesetzgeber hat bei jeder Einschränkung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dem nach dem Bundesverfassungsgericht Verfassungsrang zukommt, ¹⁸⁾ zu beachten. Das bedeutet: es ist jeweils zu fragen, ob die gewählte Einschränkung unbedingt erforderlich ist, um einen bestimmten Zweck zu erreichen. Da durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Eingriff auf ein Mindestmaß beschränkt werden soll, ergibt dieses Gebot, daß die Freiheit als Regel die Beschränkung als Ausnahme gesehen wird.

Aus diesem Ergebnis folgt: da die Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen - wie oben dargelegt - das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Freiheit und Einschränkung bedingt, läßt sich umgekehrt schließen, daß das Regel-Ausnahme-Verhältnis die Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen voraussetzt. ¹⁹⁾

16) Besonders deutlich wird dieses Ergebnis in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (DVBl 1953, S. 370; DÖV 1955, S. 345, 729), nach der die Wesensgehaltsgarantie in ein Verbot eines Übermaßeingriffs aufgelöst wird (a. A. BVerfGE Bd. 6, S. 41), vgl. dazu DENNINGER, Zum Begriff des Wesensgehaltes in der Rechtsprechung (Art. 19 Abs. II GG), in: DÖV 1960, S. 812; DÜRIG, Art. 2 und die polizeiliche Generalermächtigung, in: AöR Bd. 40, S. 57 ff. (83, 86); DERS., Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, a. a. O.

17) Apothekenurteil des BVerfGE Bd. 7, S. 377 ff.; aus neuester Zeit BVerfGE, in: NJW 1963, S. 1243.

18) BVerfGE Bd. 10, S. 89 (103, 109, 117); vgl. dazu KRAUSS, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

19) MARCIC, a. a. O., S. 319, M. -D., Anm. 15 zu Art. 1 Abs. 1 GG. 70 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

c) Aus der Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen haben wir im Rahmen der philosophischen Überlegungen gefolgert, wann ein Eingriff in ein Freiheitsrecht als Ausnahme gerechtfertigt ist. Zulässig erschienen die Eingriffe, um die Friedensordnung zu wahren und die Gleichheitsordnung wiederherzustellen. Bevor wir uns diesem Ergebnis für die Ordnung des Grundgesetzes anschließen, haben wir zunächst die im Grundgesetz benannten Grundrechtseinschränkungen zu beleuchten.

Eingriffe zugunsten der Friedensordnung in alle einschränkbaren oder von vornherein eingeschränkten Grundrechte sind ohne weiteres zugelassen. Für das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit folgt das ausdrücklich wenigstens aus seiner ersten Schranke (der Rechte anderer). Für die anderen Grundrechte gilt: wenn sie überhaupt einschränkbar sind, dann auf jeden Fall zugunsten der Friedensordnung, denn diese Einschränkungen sind die notwendigen Mindesteinschränkungen, ohne die ein Zusammenleben undenkbar ist.

Am Beispiel des Hauptfreiheitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG wollen wir die Einschränkungsmöglichkeit zugunsten der Gleichheitsordnung untersuchen! Folgt man der in der Literatur weitgehend vertretenen Ansicht, so sind unter der verfassungsmäßigen Ordnung die tragenden Grundsätze der Verfassung zu verstehen.²⁰⁾ Darunter könnte auch das Gebot der Gleichheitsordnung abgeleitet aus der Sozialstaatsklausel fallen. Folgt man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dann sind unter der verfassungsmäßigen Ordnung alle Gesetze zu verstehen, die formell und materiell der Verfassung entsprechen,²¹⁾ was insbesondere dann der Fall ist, wenn sie von den tragenden Grundsätzen der Verfassung, mithin auch das Gebot der Gleichheitsordnung,²²⁾ das im Sozialstaatsprinzip Ausdruck gefunden haben könnte, gedeckt sind. Mit diesem Prinzip wollen wir uns im folgenden näher beschäftigen.

Welche Bedeutung hat die Sozialstaatsklausel? Die Sozialstaatsklausel war bereits mehrfach Gegenstand eingehender Untersuchungen; die Darstellung der einzelnen Ansichten würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.²³⁾ Ausgehend von den

20) Übersicht bei M.-D., Anm. 17 zu Art. 2 Abs. 1 GG; zusammenfassend HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, II, in: DöV 1956, S. 135.

21) BVerfGE Bd. 6, S. 32.

22) Vgl. BVerfGE Bd. 8, S. 328; BVerwGE Bd. 3, S. 304.

23) ABENDROTH, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: SULTAN, ABENDROTH, Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie, S. 81 ff.; BACHOF, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: VVDStRL Bd. 12, S. 42; BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann-

Extrempositionen "substanzloser Blankettbegriff" über "programmatische Erklärung" bis "Staatszielbestimmung" mit mehr oder weniger normativem Charakter, werden alle Ansichten vertreten. Die Rechtsprechung neigt mehr der letzteren Gruppe der Meinungen zu, und hat aus der Sozialstaatsklausel eine Reihe von individuellen Ansprüchen auf wohlfahrtsstaatliche Leistungen entwickelt. ²⁴⁾

Ähnlich wie bei der Interpretation des Art. 1 GG sollte die Tatsache, daß Art. 20 wie Art. 1 in seiner Gesamtheit durch Art. 79 Absatz 3 GG mit "Ewigkeitsgarantie" ausgestattet ist, davor bewahren, die Sozialstaatsklausel voreilig als juristisch "unbrauchbar" ²⁵⁾ zu verwerfen. ²⁶⁾ Selbst, wenn die Materialien zum Grundgesetz keinerlei Anhaltspunkte für die Interpretation der Sozialstaatsklausel geben, ²⁷⁾ ist Forstthoffs Ansicht nicht gerechtfertigt: "Wo nichts ge-

Fortsetzung der Fußnote 23) von Seite 119:

Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Teil 1, S. 1 ff., 50 ff.; DÜRIG, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, in: JZ 1953, S. 197; DERS., Art. 9 GG in der Kartellproblematik, in: NJW 1955, S. 730; DERS., Anm. zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Januar 1957, in: JZ 1957, S. 169 (172); FECHNER, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, S. 14 f.; GERBER, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, in: AöR Bd. 81, S. 40; HAMANN, Nochmals "Die verfassungsmäßige Ordnung", in: BB 1957, S. 344; DERS., Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 89; HUBER, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, in: DÖV 1956, S. 202; IPSEN, Enteignung und Sozialisierung, in: VVDStRL Bd. 10, S. 74; KLEIN, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in: ZStW 1950, S. 390 ff.; KRÜGER, Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, in: BB 1953, S. 566; LAUFKE, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Lehmann, S. 179; M.-D., Anm. 24 ff. zu Art. 2 Abs. 1 GG; MENDER, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz; RAISER, a. a. O.; REUSS a. a. O. S. 1 ff.; RIDDER, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 5 ff.; SCHEUNER, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: VVDStRL Bd. 11, S. 21; DERS., Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, in: DÖV 1956, S. 70.

24) Vgl. die Übersicht bei HAMANN, a. a. O., B 13, 6 zu Art. 20.

25) FORSTHOFF, VVDStRL a. a. O., S. 26 f. (Anm. 29).

26) Darauf verweist DÜRIG, in: M.-D., Anm. 24 zu Art. 2 Abs. 1 GG; RIDDER, a. a. O., S. 5 f.

27) Vgl. dazu DOEMMING-FÜSSLEIN-MATZ, Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, in: JbÖR NF Bd. 1, S. 195 ff. zu Art. 20 GG und S. 244 ff. zu Art. 28 GG; "Die Entstehungsgeschichte ist schlechthin negativ." BVerfGE Bd. 1 S. 312.

meint ist, läßt sich auch nichts interpretieren." 28) Damit würde man dem Gesetzgeber unterstellen, daß er keinerlei Vorstellung gehabt hat, warum er die Grundsätze des Art. 20 - dazu gehört: die Bundesrepublik ist ein sozialer Bundesstaat - für unabänderlich erklärt hat. 29)

Die Sozialstaatsklausel ist in Art. 20 Absatz 1 GG und 28 Absatz 1 Satz 1 GG enthalten. Die eigentliche Sedes materiae ist aber nur Art. 20 Absatz 1 GG. Art. 28 Absatz 1 GG verweist lediglich auf Art. 20 GG, wie sich aus den Worten "im Sinne dieses Grundgesetzes" bereits ergibt. Deshalb ist die Zusammensetzung "sozialer Rechtsstaat" nicht mehr als eine Kurzfassung für die Grundsätze des Art. 20 GG. Es steht nichts dagegen, die in Art. 20 Absatz 3 GG niedergelegten Grundsätze unter dem Titel Rechtsstaatlichkeit zusammenzufassen. Festzuhalten ist aber, daß die Eigenschaft "sozial" eine Eigenschaft ist, die nicht mit dem Rechtsstaat gekoppelt zu sehen, sondern eigenständig ist. 30)

Mit Ablehnung der Ansicht, die Sozialstaatsklausel sei inhaltsleer und unbrauchbar, stehen wir vor der Aufgabe, Maßstäbe für eine Konkretisierung des aus sich selbst heraus wenig signifikanten Begriffs aufzufinden. Auch zur Lösung dieser Aufgabe bedarf es der Verfassungsinterpretation. Zum Ausgang nehmen wir Art. 1 Absatz 1 GG, den Ausspruch über die Unantastbarkeit der Menschenwürde. Im Wortlaut dieser Bestimmung findet sich schon ein Anhaltspunkt, der zur Auslegung des Sozialstaatsprinzips helfen kann. Die Menschenwürde ist nach dem Grundgesetz nicht nur zu achten, - hier ist der Ansatz für die Abwehrrechte gegen die Staatseingriffe begründet - sondern auch zu schützen; das erfordert eine Hilfeleistung des Staates, einen Eingriff, um die Menschenwürde herbeizuführen oder zu bewahren. Im übrigen können wir anknüpfen, wo wir oben mit der Interpretation aufgehört haben. Wir fanden dort, daß das Bekenntnis zur Menschenwürde gleichzusetzen sei mit einem Bekenntnis zur Individualität des Menschen, wie sie sich in der christlichen und auch in der kritischen Philosophie finden. In diesem wie in jenem Gedankengebäude erfährt das Prinzip der Freiheitlichkeit eine Einschränkung; in der katholischen Soziallehre heißt es, daß der Mensch auf die Hilfe der Gesellschaft und damit auch des Staates angewiesen sei, um das Ziel der Selbstgenügsamkeit zu erreichen; 31) in unseren Überlegungen im Rah-

28) FORSTHOFF, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, S. 35 ff. (43); vgl. auch DERS., Verfassungsprobleme im Sozialstaat.

29) Vgl. dazu kritisch RIDDER, a. a. O., S. 4 Fußnote 11.

30) RIDDER, a. a. O., S. 5 f.; ABENDROTH, a. a. O., S. 81 f.; HAMANN, a. a. O., 1 D 2, 6; A. A. KLEIN, a. a. O.; FORSTHOFF, in: VVDStRL a. a. O., S. 26 f., 34 ff.

31) Vgl. oben § 19, 2.

men der kritischen Philosophie erkannten wir, daß die Gleichheitsordnung Staats-
eingriffe verlange.³²⁾ Wir wollen uns hier mit der Feststellung begnügen, daß
beide Meinungen im einzelnen weiter ausfaltbare Aspekte liefern, die zur Kon-
kretisierung der Sozialstaatsklausel dienen können. Damit steht nichts mehr ent-
gegen, unsere Überlegungen zur Gleichheitsordnung ins Grundgesetz zu rezipieren
und von daher die Sozialstaatsklausel aufzufüllen.

Das Ergebnis der werthierarchischen Interpretation wird durch die geschichtliche
bestätigt: Wie die Bestimmungen über das konstruktive Mißtrauensvotum, die
Verkürzung der Amtszeit und die Schmälerung der Befugnisse des Bundespräsidenten,
die Möglichkeit, politische Parteien zu verbieten, beweisen, sind viele
Bestimmungen des Grundgesetzes aus der Reaktion auf die Weimarer Zeit zu er-
klären.

Sehen wir zunächst vom Sozialstaatsgrundsatz ab, so sind alle anderen Grundsät-
ze des Art. 20 Absatz 1 als Entgegnung auf bestimmte Vorkommnisse verständ-
lich. In der Weimarer Reichsverfassung fehlte eine dem Art. 20 Abs. 1 GG ent-
sprechende Bestimmung. Der damalige Verfassungsgesetzgeber glaubte die Staats-
form der Weimarer Republik als demokratisch dadurch genügend gekennzeichnet
zu haben, daß er in Art. 1 Absatz 2 bestimmte: alle Staatsgewalt geht vom Vol-
ke aus. Dagegen war in Art. 1 Absatz 1 festgelegt, daß das Deutsche Reich eine
Republik ist. Das hinwiederum fehlt in Art. 20 GG; in Art. 28 Absatz 1 Satz 1
ist allerdings von den Grundsätzen des republikanischen . . . Rechtsstaates die
Rede. Art. 1 Absatz 1 der Weimarer Reichsverfassung kam deshalb große Bedeu-
tung zu, weil diese Verfassung für einen Staat bestimmt war, der gerade eben
die Monarchie überwunden hatte. Daraus wird deutlich, daß die Selbstqualifika-
tion eines Staates in aller Regel als Reaktion auf einen überwundenen Zustand zu
verstehen sein wird. Aus diesem Grunde wird man auch sagen können, daß der
Grundgesetzgeber Demokratie und Bundesstaat in Art. 20 Absatz 1 deshalb mit
der "Ewigkeitsgarantie" des Art. 79 Absatz 3 GG ausgestattet hat, weil die Über-
windung der demokratischen und bundesstaatlichen Institutionen durch die Natio-
nalsozialisten ein erster und wesentlicher Schritt zum totalen Staat war.³³⁾
Dann wäre es aber wenig einleuchtend, wenn die Sozialstaatsklausel, die im
Zusammenhang mit Demokratie und Bundesstaat in Art. 20 Absatz 1 GG ange-
führt und gleichfalls ohne Vorbild ist, lediglich ein substanzloser Blankettbegriff
wäre.³⁴⁾ Die Sozialstaatsklausel ist verfassungsrechtlicher Ausdruck dafür,
daß sich die Ansichten von den Aufgaben des Staates gewandelt haben.³⁵⁾

32) Vgl. oben § 20, 5.

33) RIDDER, a. a. O., S. 8.

34) a. a. O., S. 9.

35) a. a. O., S. 10.

Der moderne Staat ist auch leistender, vorsorgender, verteilender, ausgleichender, wohlfahrtsfördernder und damit sozialer Staat. 36)

Zur Fassung der Sozialstaatsklausel ist folgendes zu sagen: Da es für den Gesetzgeber gar nicht möglich ist, in der Verfassung die unzähligen Fälle, in denen der Staat als sozialer Staat tätig zu werden hat, auch nur annähernd vorausszusehen, blieb nichts anderes übrig, als die Anerkennung und Verpflichtung des Staates, sozialer Staat zu sein, mit Hilfe eines Blankettbegriffes zu umschreiben.

d) Die vorstehenden Überlegungen haben wir zunächst für das Hauptfreiheitsrecht des Art. 2 Absatz 1 GG entwickelt. Sie gelten aber entsprechend auch für die anderen einschränkbaren Grundrechte. Ist eine Einschränkung trotz eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts nicht unbeschränkt möglich, dann besteht kein Grund anzunehmen, daß sie mehr oder weniger eingeschränkt werden dürfen, als Art. 2 Absatz 1 GG. 37)

3. Nachdem wir das Verhältnis zwischen individueller Freiheit und staatlichem Zwang nach dem Grundgesetz analysiert haben, müssen wir die Stellung und Bedeutung der nichtstaatlichen Gemeinschaften untersuchen. Ehe und Familie sind durch Art. 6 GG unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung gestellt; das Recht, Korporationen zu bilden, ist in Art. 9 GG geschützt, Absatz 3 gewährt die Koalitionsfreiheit, die Parteien sind als Mitwirker, die politische Meinung zu bilden, in Art. 21 Absatz 1 GG hervorgehoben; die Grundrechte der Kirchen sind durch Art. 140 GG in Verbindung mit den inkorporierten Artikeln der Weimarer Verfassung Art. 136 ff. anerkannt; die Autonomie der Gemeinde (Art. 28 GG) und die Länderstruktur gehören zu den unabänderlichen Prinzipien des Grundgesetzes (Art. 79 Absatz 3 GG).

Aus dieser Übersicht sieht man deutlich, daß das Grundgesetz eine Verfassung ist, die nicht mehr allein auf das Verhältnis Individuum auf der einen, Staat auf der anderen Seite abstellt, sondern den Menschen "als Glied zwischenstaatlicher Ord-

36) Das ist heute die überwiegende Meinung; vgl. dazu BVerfGE Bd. 9, S. 131, 329; IPSEN, a. a. O., S. 74: Die Sozialentscheidung des Grundgesetzes bedeutet: "Bereitschaft und Verantwortung, Aufgabe und Zuständigkeit des Staates zur Gestaltung der sozialen Ordnung". M. -D., Anm. 24 zu Art. 2 Abs. 1 GG; Anm. 25: ein anderes Ergebnis bedeutet einen Rücktritt zum ökonomischen Liberalismus.

37) Zur Begründung ist auf die schon herangezogene Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG (insbes. "Apothekenurteil") zu verweisen.

nungen" begreift. ³⁸⁾ Daraus allerdings - wie Dürig - ³⁹⁾ den Schluß zu ziehen, daß dem Grundgesetz zumindest mittelbar das Subsidiaritätsprinzip zugrundeliegt, ist reichlich verfrüht. Dürigs Ansicht wäre zutreffend, wenn eine Interpretation der angeführten Grundgesetzartikel ergäbe, daß allen erwähnten Gemeinschaften, die vom Subsidiaritätsprinzip vorausgesetzte Eigenständigkeit zukäme.

a) Ein wichtiges Kriterium dafür, ob eine Kollektivität Eigenständigkeit besitzt oder nicht, ist, ob sie Trägerin von Grundrechten ist. Grundsätzlich können nach Art. 19 Absatz 3 GG nur juristische Personen Träger von Grundrechten sein, soweit sie ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind. Die Fassung der zitierten Grundgesetzbestimmung ist jedoch mißraten; nicht nur die Gemeinschaften, die den Status einer juristischen Person haben, sind fähig, Träger von Grundrechten zu sein. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgesprochen, daß jede Vereinigung, zu deren Schutz ein Grundrecht denkbar ist, als Träger eines Grundrechts in Frage kommt und deshalb auch zur Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG befugt ist. ⁴⁰⁾ Danach kommen alle erwähnten Gemeinschaften, auch wenn sie keine Rechtspersönlichkeit besitzen, als Grundrechtsträger in Betracht.

Aus den angeführten Artikeln ergibt sich nicht unmittelbar, ob die Gemeinschaften auch Träger subjektiver Rechte sind. Demzufolge hat Judikatur und Lehre die Aussagen in den zitierten Artikeln nicht generell als verfassungsrechtlichen Ausdruck für die Eigenständigkeit der genannten Gemeinschaften angesehen, sondern sie teilweise zu institutionellen Garantien verniedlicht. ⁴¹⁾ Ganz deutlich zeigt sich das bei den sogenannten natürlichen Gemeinschaften wie Familie und Gemeinde. Nach ganz herrschender Meinung sind die Artikel 6 Absatz 1 und 28 GG lediglich Ausdruck institutioneller Garantien. ⁴²⁾ Eine besondere Schwierigkeit

38) M.-D., Anm. 53 zu Art. 1 Abs. 1 GG.

39) M.-D., a.a.O.

40) BVerfGE Bd. 10, S. 99; vgl. dazu M.-D., Anm. 1 ff. zu Art. 19 Abs. 3 GG; HAMANN, a.a.O., Anm. 8 ff.

41) Vgl. dazu M.-D., Anm. 97 ff. zu Art. 1 Abs. 3 GG: "Institutionelle Garantien sind die Gewährleistungen jener Einrichtungen, die zwar - wie jede staatliche Einrichtung - letztlich auch des Menschen wegen, aber nicht seiner subjektiven Rechte wegen bestehen."

42) Vgl. die eingehende Darstellung bei M.-D., Anm. 37 ff. zu Art. 19 Abs. 3 GG die Gemeinden und Gemeindeverbände betreffend; HAMANN, a.a.O., Anm. 5 Art. 28; dagegen vor allem BENDER, Theorien der gemeindlichen Selbstverwaltung; aus Art. 6 Abs. 1 GG werden allerdings einzelne Grundrechte abgespalten vgl. dazu HAMANN, a.a.O., Anm. 1 ff. zu Art. 6 GG; v. MANGOLDT-KLEIN, a.a.O., III 3 zu Art. 6.

- für uns jedoch besonders wichtig - ergibt sich bei der Auslegung des Art. 9 Absatz 3 noch daraus, daß darin nach dem Wortlaut über die Stellung der Vereinigungen nichts gesagt ist; lediglich den Beteiligten steht die Vereinigungsfreiheit zu. Deshalb ist die Frage, welche Rolle den Gemeinschaften nach dem Grundgesetz und insbesondere den nach Art. 9 Absatz 3 zukommt, wieder nur mit einer Verfassungsinterpretation und dabei insbesondere mit einer Auslegung der Sozialstaatsklausel und dem Satz von der Unantastbarkeit der Menschenwürde zu beantworten.

b) Die Sozialstaatsklausel erschöpft sich nicht darin, Ausdruck des Postulats nach der Gleichheitsordnung zu sein. Man spricht daneben noch von ihrer "dritten Dimension" und meint damit eine unmittelbar eingreifende Wirkung auf die Grundrechte der einzelnen und der mit Rechtspersönlichkeit beziehungsweise Grundrechtsträgerschaft ausgestatteten gesellschaftlichen Einheiten.⁴³⁾ Sozial bedeutet gesellschaftlich, die Gesellschaft betreffend. Sozialer Bundesstaat könnte deshalb heißen, daß die Bundesrepublik ein Staat ist, in dem eine Wechselbeziehung zwischen Staat und Gesellschaft besteht. Ein gewisser Anhaltspunkt dafür, daß das Grundgesetz nicht nur Staatsverfassung ist, ergibt sich aus den Artikeln 18 und 21 Absatz 2 GG. Darin ist von der freiheitlich demokratischen Grundordnung und nicht nur von einer freiheitlichen Demokratie die Rede. Das Wort Grundordnung läßt auf eine Ordnung schließen, die den Anspruch erhebt, das Gesamtgefüge zu betreffen.

Die Bedeutung der dritten Dimension der Sozialstaatsklausel läßt sich in gewissem Umfang aus der Geschichte erhellen: Der Sieg des Nationalsozialismus über die Weimarer Republik ist zum großen Teil darauf zurückzuführen, daß es abgesehen von einigen politischen Parteien und den Gewerkschaften im damaligen Deutschland noch völlig an einer demokratischen Gesellschaftsstruktur fehlte, die das Rückgrat der Demokratie hätten bilden können. Bestätigt und konkretisiert wird die These von der dritten Dimension aber erst durch die Wertinterpretation. Wenn wir unsere oben gewonnenen Ergebnisse einschließlich der Überlegungen zur Gewaltenteilung hier mit hereinnehmen, dann können wir sagen, daß jede Gemeinschaft gespeist aus der Individualität der einzelnen die Eigenständigkeit besitzt, die das Subsidiaritätsprinzip voraussetzt.⁴⁴⁾

43) RIDDER, a.a.O., S. 17 f.

44) Vgl. dazu RIDDER, a.a.O., S. 18 f., SCHNORR, Kollektivmacht und Individualrecht im Berufsverbandwesen, a.a.O. S. 236 ff.; SCHEUNER, Der Inhalt der Koalitionsfreiheit, S. 17; im übrigen alle Autoren, die vom christlichen Naturrecht ausgehend das Grundgesetz interpretieren.

Ridder verdeutlicht die Subsidiaritätsordnung, allerdings ohne diesen Begriff zu gebrauchen, allgemein am Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft. 45) Eine freiheitliche Demokratie setzt eine ebenfalls freiheitliche Gesellschaft voraus: die Identität von Gesellschaft und Staat ist nur in einem totalitären Staat denkbar. 46) Das bringt allerdings die Gefahr mit sich, daß Staat und Gesellschaft in feindliche Gegenpositionen geraten; auf der einen Seite steht der das politische monopolisierende Staat, auf der anderen die privatisierende Gesellschaft. Dieses Ergebnis wird dadurch vermieden, daß zwischen Staat und Gesellschaft ein Verhältnis der Zuordnung, der gegenseitigen Annäherung, Beeinflussung und Durchdringung bei gleichwohl jederzeitiger klarer Unterscheidbarkeit besteht. Zwar ist es ein Unding, durch die Verfassung etwa zwangsweise eine freiheitliche demokratische Gesellschaftsstruktur schaffen zu wollen; es ist aber gleichwohl möglich, daß der Verfassungsgesetzgeber die Garantie für den Bestand der freiheitlich demokratischen Grundordnung schafft und gleichzeitig Sorge trägt, die für die Freiheitlichkeit notwendigen gesellschaftlichen Strukturen aufrechtzuerhalten und zu harmonisieren. Diese Gedanken haben andeutungsweise in der Sozialstaatsklausel Ausdruck gefunden, die Ridder in ihrer "dritten Dimension" als "Homogenisierungsklausel" bezeichnet. 47)

Diese Überlegungen werden ergänzt und bekräftigt, wenn wir auch an dieser Stelle die Ergebnisse der werthierarchischen Interpretation von Sozialstaatsprinzip und Menschenwürde heranziehen. Im einzelnen brauchen wir hierzu nichts mehr auszuführen; was für die Stellung des Menschen zum Staat dargestellt wurde, gilt entsprechend für das Verhältnis der Gemeinschaften zum Staat und der Gemeinschaften untereinander.

Sozialstaatsklausel und Bekenntnis zur Menschenwürde sind also deutlicher Ausdruck für die Absage an die "Zweiweltentheorie", nach der die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zum Staatsmonopol gestempelt werden. Träger öffentlicher Aufgaben soll vielmehr neben dem Staat die ganze Gesellschaft mit ihren verschiedenen Ausformungen und Gliedern sein. 48)

45) Zum folgenden RIDDER, a. a. O., 14 ff., der sich auch mit FORSTHOFF, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 18 ff., auseinandersetzt, nach welcher der Staat immer mehr zur bloßen Funktion der industriellen Gesellschaft werde.

46) Das ist auch die in der katholischen Sozialphilosophie vertretene Ansicht; vgl. dazu RAUSCHER, Subsidiaritätsprinzip und berufsständische Ordnung in Quadregesimo Anno, S. 111; MESSNER, Das Naturrecht, S. 152 f. vgl. dagegen FORSTHOFF, Der totale Staat, S. 42.

47) RIDDER, a. a. O., S. 18.

48) Im Ergebnis wie Peter SCHNEIDER, in einem Vortrag gehalten an der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz im Wintersemester 1963/64: Die Freiheit und die öffentliche Aufgabe der Presse.

c) Was bedeutet dieses Ergebnis für die Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach Art. 9 Absatz 3 GG? Unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip ist es nicht möglich, nur von einer institutionellen Garantie der Koalitionen zu sprechen, ohne damit gleichzeitig subjektive Rechte für die einzelnen Koalitionen mit zu meinen.⁴⁹⁾ So wenig Art. 2 Absatz 1 GG die institutionelle Garantie ohne Rechtssubjektivität des einzelnen bedeutet, so wenig ist es Art. 9 Absatz 3 GG für die dort genannten Gemeinschaften. Vielmehr sind die Vereinigungen des Art. 9 Absatz 2 wie der einzelne Träger von Grundrechten⁵⁰⁾ insbesondere Subjekte des Hauptfreiheitsrechts entsprechend Art. 2 Absatz 1 GG.⁵¹⁾ Als eigenständige Gemeinschaften zwischen Einzelmensch und Staat sind sie grundsätzlich geeignet und sogar dazu bestimmt, Funktionen der Gesamtgesellschaft auszuüben. Man mag sie deshalb als Funktionsträger öffentlicher Aufgaben bezeichnen.⁵²⁾

49) SCHNORR, a.a.O., S. 238; vgl. dazu auch SCHEUNER, a.a.O., S. 12 ff. WEBER, Die Sozialpartner in der Verfassungsordnung, in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, S. 239 ff. Der Begriff institutionelle Garantie wird nicht einheitlich gebraucht. Vielfach meint man damit die Garantie der Institution ohne Bestandsgarantie für die konkrete Institution, vgl. dazu z.B. MANGOLDT-KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, IV 1 a zu Art. 28; anders P. SCHNEIDER, Rechtsgutachten zur Frage der Auslegung des Art. 5 Absatz 1 GG, insbesondere zur Stellung der Presse im Strafverfahren, S. 20. Für die vorliegende Untersuchung ist die Bestimmung dessen, was unter einer institutionellen Garantie zu verstehen ist, nicht entscheidend.

50) Im Ergebnis ebenso; HAMANN, a.a.O., A 2 zu Art. 9; HUBER, II., S. 381 f.; BVerfGE Bd. 4, S. 101 f.; weitere Lit. bei HAMANN, a.a.O.; SCHEUNER, a.a.O., S. 14.

51) Differenzierend M.-D., Anm. 68 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

52) Vgl. BVerfGE Bd. 4, S. 108.

Zweiter Unterabschnitt

Die Koalitionen als Gemeinschaften im Sinn des Subsidiaritätsprinzips

§ 23

FRAGESTELLUNG:

DIE KOALITIONEN UND DER KLASSENKAMPF

Die Funktionsteilung zwischen Staat und Gemeinschaften innerhalb des Staates hat sich im letzten Paragraphen grundsätzlich als verfassungsrechtlich zulässig erwiesen. Mit diesem Ergebnis ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob die Koalitionen in der Form, wie wir sie heute vorfinden, auch die Voraussetzungen erfüllen, die nach der Subsidiaritätsordnung von ihnen gefordert werden. Von Art. 9 Absatz 3 GG ausgehend könnte man meinen, daß die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen sind. Diese Bestimmung allein ist aber nicht ausschlaggebend. Denn aus Art. 9 Absatz 3 GG folgt nur das Recht, sich zu koalieren nicht aber auch die Garantie, Funktionsträger öffentlicher Aufgaben sein zu können. Welche Gemeinschaft dafür in Frage kommt, bestimmt sich nach den Grundsätzen der Subsidiaritätsordnung. Zwar haben wir festgestellt, für jede Gemeinschaft spricht wie für den einzelnen die Vermutung, daß ihr Verhalten die Ordnung des Staats nicht gefährdet. Diese Vermutung könnte aber für die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände widerlegt sein. Das wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn sich aus ihrer Struktur ableiten ließe, daß ihre Tätigkeit die Ordnung gefährdet.

Um die Stellung der Berufsverbände im Gesamtgefüge von Staat und Gesellschaft besser beurteilen zu können, werden wir uns an dem, was in Quadragesimo Anno zur berufsständischen Ordnung gesagt ist, orientieren: "Erneuerung einer ständischen Ordnung ist das gesellschaftspolitische Ziel. Bis zur Stunde dauert ja der unnatürliche gewaltsame Zustand der Gesellschaft fort und ermangelt infolgedessen der Dauerhaftigkeit und Festigkeit; ist doch die heutige Gesellschaft geradezu aufgebaut auf der Gegensätzlichkeit der Interessenlagen der Klauseln und damit auf dem Gegensatz der Klassen selbst, der allzu leicht in feindseligen Streit ausartet." ¹⁾ Die Arbeit - ist in der Enzyklika weiter ausgeführt - ist keine "feile Ware", vielmehr ist in ihr immer die Menschenwürde des Arbeiters zu achten. ²⁾ Dennoch bestehen ein "Arbeitsmarkt", auf dem die Klassen, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, im Kampf stehen. Dieser Kampf gefährdet die menschliche Gesellschaft. Eine wirksame Abhilfe ist nur dadurch möglich, "daß

1) PIUS XI., Quadragesimo Anno, Nr. 83.

2) ebenda.

wohlgefügte Glieder des Gesellschaftsorganismus sich bilden, also "Stände", denen man nicht nach der Zugehörigkeit zu einer oder anderen Arbeitsmarktpartei, sondern nach den verschiedenen gesellschaftlichen Funktionen des einzelnen angehört." 3)

Sind die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände Vereinigungen, die im Klassenkampf stehen oder sind sie als "Stände" entsprechend Quadagesimo Anno anzusehen? Dieser Frage soll in den folgenden Paragraphen nachgegangen werden. Wir werden versuchen an Hand ihrer geschichtlichen Entwicklung, Herkunft und Geisteshaltung der Verbände aufzuzeigen. Eine Betrachtung des Arbeitskampfes soll ihr Verhältnis zueinander und zum Staat weiter verdeutlichen. Und schließlich soll ihre Organisation der ständischen gegenübergestellt werden.

§ 24

DIE GESCHICHTE DER ARBEITERBEWEGUNG UND DIE ENTWICKLUNG DER ARBEITGEBERVERBÄNDE

1. Die Geschichte der Arbeiterbewegung beginnt in England. ¹⁾ Im ausgehenden 18. Jahrhundert schlossen sich englische Arbeiter erstmals in Gewerkschaften

3) PIUS XI., Quadagesimo Anno, Nr. 83.

1) Vgl. zur Geschichte der Arbeiterbewegung allgemein:

ABENDROTH, Die deutschen Gewerkschaften, S. 5 ff.; BRISCH, Rechtsstellung der deutschen Gewerkschaften; CASSAU, Die Gewerkschaftsbewegung, S. 1 ff.; DIETZ, Die Koalitionsfreiheit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Teil 1, S. 417 ff.; ECKL, Die Probleme der Gewerkschaftsbewegung nach dem zweiten Weltkrieg; FURTWÄNGLER, Die Gewerkschaften; HERMALA, Entwicklung der Gewerkschaften; H.-N., II., S. 47 ff., Anm. 1 eingehende Literaturübersicht, zur Koalitionsfreiheit S. 81 ff.; HEYDE, Internationales Handwörterbuch des Gewerkschaftswesens; HERKNER, Die Arbeiterfrage, I., II.; KOLLMANN, Die Entstehungsgeschichte der deutschen Koalitions gesetzgebung; KUCZINSKI, Geschichte der Lage der Arbeiter in Deutschland; MAREN-BACH, Grundlagen der deutschen Sozialordnung; NESTRIEPKE, Das Koalitionsrecht in Deutschland; NIKISCH, II., S. 1 ff., 17 ff.; ORANO, Dal sindacalismo rivoluzionario allo stato sindacalista; PERLMANN, Eine Theorie der Gewerkschaftsbewegung; REINDL, Die Deutsche Gewerkschaftsbewegung; RITSCHER, Koalition und Koalitionsrecht in Deutschland; SEIDEL, Die Gewerkschaftsbewegung in Deutschland; UMBREIT, 25 Jahre Deutsche Gewerkschaftsbewegung; ZWING, Geschichte der deutschen freien Gewerkschaften.

zusammen, um für günstigere Arbeitsbedingungen zu kämpfen. Bereits in den Jahren 1824/25 wurden die Arbeitervereinigungen in beschränktem Maße gesetzlich anerkannt, ohne allerdings die volle Koalitionsfreiheit zu erhalten. Um diese Zeit bildete sich neben den Gewerkschaften auch eine politische Arbeiterbewegung. Deren Ziel war es, zunächst das Wahlrecht für alle zu erreichen, um dann mit einer starken Vertretung im Parlament die geeigneten Maßnahmen zum Schutze der Arbeit durchzusetzen. Das allgemeine Wahlrecht blieb ein Wunschtraum; die Petitionen, welche sie vor das Parlament brachten, führten aber immerhin zu zwei wichtigen Arbeiterschutzgesetzen: das Gesetz über die Frauen- und die Kinderarbeit aus dem Jahre 1842 und das Zehnstundentagsgesetz aus dem Jahre 1847.

Bereits hier am Anfang der Arbeiterbewegung zeigt sich, daß sie zweierlei umfaßt: die Gewerkschaften und die Arbeiterparteien, deren Geschichte und Entwicklung nicht getrennt zu betrachten ist.

In Deutschland gab es zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch keine organisierte Arbeiterbewegung. ²⁾ Hier und da führte allzu große Not zu einem Aufstand - man denke an den Aufstand der Weber in Schlesien -; Arbeiterverbände entstanden erst im Revolutionsjahr 1849. Die hoffnungsvollen Ansätze wurden jedoch durch die "Reaktion" in den fünfziger Jahren fast völlig vernichtet. Der Beginn war aber gemacht, und es war nur eine Frage der Zeit, wann die Arbeiter erwachten und sich ihrer Macht bewußt wurden. Die wandernden Handwerksgelegen verbreiteten die revolutionären Ideen der Sozialisten und trugen so da-

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 129:

Zur englischen Entwicklung: BANDHOLZ, Die englischen Gewerkschaften, S. 3 ff.; PRICE, British Trade Unions, S. 12; GAYLER, Industrial Law, S. 134 ff.; BAREU, British Trade Unions; COLE, A short History of the British Working Class Movement 1789 - 1947; weitere Literatur bei BANDHOLZ, a. a. O., S. 405 ff.

- 2) Sicherlich hat es auch im Mittelalter Vereinigungen gegeben, deren Ziel es war, günstigere Arbeitsbedingungen zu erkämpfen. Abgesehen davon, daß sich der Arbeiter des beginnenden Industriezeitalters doch wesentlich von den Handwerkern und Gesellen des Mittelalters unterschied, fehlt es an einer ununterbrochenen Entwicklung. Denn als die Landesherrn an Macht gewannen, die Städte an Bedeutung verloren, Tendenzen zum Polizeistaat - Wohlfahrtsstaat - einsetzen, kam es bereits zu Ende des Mittelalters zu einer koalitionsfeindlichen Gesetzgebung. Lange Zeit hatten diese Gesetze keinen Erfolg. Erst mit der Reichszunftordnung aus dem Jahre 1731 gelang es, der unerwünschten Koalition Herr zu werden.

zu bei, daß die Arbeiter die Lethargie des Elends allmählich abschüttelten. ³⁾

2. Nur langsam faßten die sozialistischen Gedanken in der Arbeiterschaft Fuß. Zunächst waren es weniger marxistische Ideen, obwohl Marx und Engels die Arbeiter im Kommunistischen Manifest von 1848 als Wegbereiter der zukünftigen glücklichen Gesellschaft aufgerufen hatten, sondern die älteren Lehren von Henry de Saint-Simon, François Babeuf, Simonde de Sismondi, Robert Owen, Charles Fourier, Louis Blanc und Pierre J. Proudhon. ⁴⁾ Das Anliegen dieser Männer war es, die sozialen Mißstände des Kapitalismus zu beseitigen. Da sie die Ursache für die Verelendung der Massen in der geltenden Eigentumsordnung sahen, forderten sie eine neue Ordnung, in der die Ideen Freiheit, Brüderlichkeit und Gerechtigkeit gelten sollten. Nach der Vorstellung von Owen, Fourier und Blanc ist diese neue Gesellschaftsordnung auf sogenannten Produktivgenossenschaften aufgebaut, in denen die Arbeiter eines bestimmten Berufes zusammengeschlossen sind. Gemeinsam sollen die Unternehmen betrieben werden und der Gewinn an alle fließen. ⁵⁾

3. Ähnliche Ansichten wie Owen, Fourier, Blanc und die anderen vertrat in Deutschland Ferdinand Lassalle, der Gründer des Allgemeinen Deutschen Arbeitervereins. Dessen Gründung im Jahre 1863 und 6 Jahre später die Gründung der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei durch August Bebel und Karl Liebknecht, bedeuteten den Neubeginn der deutschen Arbeiterbewegung. Beide Gruppen verschmolzen im Jahre 1875 zur sozialistischen Arbeiterpartei Deutschlands.

a) Lassalle entwickelte auf Grund seiner Vorstellungen vom Sozialismus das Programm des Allgemeinen Deutschen Arbeitervereins. Die sozialen Probleme können zwar nach Lassalle nur dadurch gelöst werden, daß die Arbeiter die Herrschaft ergreifen und die kapitalistische Wirtschaft in eine staatssozialistische um-

3) Wilhelm WEITLING ist der berühmteste unter ihnen; er hat als Schriftsteller und Redner halb Europa bereist, vgl. dazu FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 13; RAMM, Die großen Sozialisten, S. 476 ff.

4) Diese Denker lebten alle Ausgang des achtzehnten Beginn des neunzehnten Jahrhunderts. RAMM, a. a. O., hat Wirken und Bedeutung von einigen dargestellt; Babeuf, S. 131 ff.; Saint-Simon, S. 210 ff., Fourier, S. 315 ff.; Owen, S. 385 ff.; ebenso Herkner, a. a. O., II.; Owen, S. 190 ff., Saint-Simon, S. 200 ff.; Fourier, S. 205 ff.; Blanc, S. 211 ff.; Proudhon, S. 214; vgl. auch KLÜBER, Grundfragen der christlichen Soziallehre, S. 118 ff.

5) KLÜBER, a. a. O., S. 121 f.

wandeln. Diese Umwandlung soll aber nur allmählich geschehen; staatlich subventionierte Produktivgenossenschaften nach dem Vorbild der oben zitierten Sozialisten bereiten den Übergang vor; das allgemeine und direkte Wahlrecht ermöglicht den Arbeitern, ihre Interessen im Parlament geltend zu machen. So wird der "Nachtwächterstaat", dessen Aufgaben sich darin erschöpfte, Mord und Diebstahl zu verhindern, durch einen Staat abgelöst, der für Wohlstand und Freiheit aller Bürger - für die Arbeiter durch Arbeiterschutzgesetze - sorgt. ⁶⁾

b) Die Sozialdemokratische Arbeiterpartei hatte dagegen ein Programm, das auf dem marxistischen Sozialismus aufbaute und sich damit wesentlich von dem später als Revisionismus verurteilten Sozialismus Lassalles unterschied. ⁷⁾

Die Grundlage des Marxismus ist der dialektische Materialismus. ⁸⁾ Nach der Vorstellung Marx bestimmen die "Produktivkräfte" einer Wirtschaft, die gesamte gesellschaftliche Entwicklung und damit auch die Produktionsverhältnisse. Zu den Produktionsverhältnissen zählen die Wirtschaftsordnung als ganzes, die Betriebsformen und die Eigentumsverhältnisse. Diese Faktoren zusammen bilden eine ökonomische Struktur, den "materiellen Unterbau", der die rechtlichen, staatlichen, kulturellen, sittlichen und religiösen Anschauungen einer Zeit - den "Überbau" - hervorbringt. Die gesellschaftliche Entwicklung verläuft nach dem Gesetz der Dialektik. Marx übernahm die Dialektik von Hegel, formte sie aber um; bei Hegel beherrscht die Idee, der absolute Geist, die Geschichte; bei Marx sind es die wirtschaftlichen Verhältnisse, die den Anstoß zur dialektischen Fortentwicklung der Geschichte geben und die jeweiligen "Ideen" hervorbringen. ⁹⁾

6) LASSALLE hat diese Gedanken in "Über Verfassungswesen" niedergelegt; vgl. HERKNER, a. a. O., II., S. 323 ff.; KLÜBER, a. a. O., S. 123; VORLÄNDER, Marx, Engels und Lassalle als Philosophen.

7) Vgl. dazu HERKNER, a. a. O., II., S. 355 ff.

8) CUNOW, Die Marxsche Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie; DIEHL, Der Einzelne und die Gemeinschaft; DIRKS, Marxismus in christlicher Sicht; HEIMANN, Kapitalismus und Sozialismus; DERS., Sozialistische Arbeits- und Wirtschaftsordnung; HERKNER, a. a. O., II., S. 251 ff.; HOHOFF, Die Bedeutung der Marxschen Kapitalkritik; LANDGREBE, Hegel und Marx; KLÜBER, a. a. O., S. 124 ff.; NELL-BREUNING, Entwicklungstheorie und dialektischer Materialismus, in: StdZ 1951/52 S. 241; OPPENHEIMER, Kapitalismus, Kommunismus, Wissenschaftlicher Sozialismus; SCHILLER, Die materialistische Geschichtsauffassung; THEIMER, Der Marxismus; TUCKER, Karl Marx; VORLÄNDER, a. a. O.; WETTER, Der dialektische Materialismus.

9) TUCKER, a. a. O., S. 83 ff.

Die treibende Kraft für die dialektische Fortentwicklung ist für Marx der Klassen-gegensatz zwischen Besitzenden und Nichtbesitzenden. Solange eine Wirtschaftsordnung vom Privateigentum bestimmt ist, solange zerfällt die Gesellschaft in Klassen; in eine besitzende und eine nichtbesitzende, eine beherrschende und eine ausgebeutete. Der Klassenkampf vollzieht sich nach dem Gesetz der Dialektik; die herrschende Klasse (Thesis) stürzt die Herrschaft der Ausbeuter und gelangt so selbst zur Macht (Antithesis); gegen die dann herrschende Klasse kämpfen die von ihr Ausgebeuteten, bis sie durch eine Revolution die Macht erlangt haben (Synthesis). ¹⁰⁾ Als Thesis sieht Marx den Feudalismus, als Antithesis den Kapitalismus und als Synthesis die klassenlose Gesellschaft an. Mit der klassenlosen Gesellschaft endet die dialektische Entwicklung, weil der Klassegegensatz verschwunden ist. ¹¹⁾ Da sich die dialektische Entfaltung der Geschichte mit naturgesetzlicher Notwendigkeit vollzieht, ist es die Aufgabe der Wissenschaft, die Bewegungsgesetze zu erforschen, um die Menschen ihrer Situation bewußt machen zu können. Sind die Gesetze erkannt, ist es auch in gewissem Umfange möglich, die Entwicklung auf die klassenlose Gesellschaft hin zu beschleunigen. Die Proletarier sind dazu bestimmt, die Herrschaft im Staate an sich zu reißen und durch die "Diktatur des Proletariats" die klassenlose Gesellschaft vorzubereiten. Die Herrschaft des Proletariats ist nur vorübergehend und soll die glückliche Zeit der klassenlosen Gesellschaft vorbereiten, deshalb sind alle Gewaltakte in der Übergangszeit gerechtfertigt; sie dienen nur dem Besten des Menschen. ¹²⁾

Von den Entwicklungsgesetzen des Kapitalismus, die Marx gefunden zu haben glaubt, ist, wie die Auseinandersetzung der Arbeiterbewegung mit dem Marxismus zeigen wird, das Gesetz der zunehmenden Verelendung der Massen (Verelendungstheorie) wichtig. ¹³⁾ Dieses Gesetz besagt folgendes: das unersättliche Profitstreben der Kapitalisten führt zu einer immer größeren Produktionssteigerung und im Bemühen um den Absatz der Produkte zu einem unerbittlichen Konkurrenzkampf der Unternehmer. In diesem Kampf unterliegt der Schwächste, nachdem

10) Vgl. dazu DAHRENDORF, Soziale Klassen und Klassenkonflikt.

11) KLÜBER, a. a. O., S. 127.

12) MARX-ENGELS, Das Kommunistische Manifest, S. 50; vgl. dazu KLÜBER, a. a. O., S. 127 ff.

13) Die "Verelendungstheorie" steht im Zusammenhang mit anderen Theorien, die hier nicht dargestellt werden sollen. Marx beginnt seine Kapitalismusanalyse mit der "Arbeitswerttheorie" (bereits von Smith und Ricardo gelehrt, vgl. dazu KLÜBER, a. a. O., S. 128) und kommt über "Mehrwerttheorie" und "Konzentrationstheorie" zur "Krisen-" und "Verelendungstheorie". (KLÜBER, a. a. O.; HERKNER, a. a. O., S. 302 ff.)

er zunächst versucht hat, durch Lohn- und Preissenkungen konkurrenzfähig zu bleiben. Folge des Zusammenbruchs ist die Entlassung der Arbeiter. Der Zusammenbruch des Konkurrenten öffnet den überlebenden Betrieben zunächst einen größeren Absatzmarkt. Aus der bisherigen Überproduktion ist es leicht, die Bedürfnisse des Marktes zu befriedigen. Reicht die Produktion nicht aus, so wird zumindest ein Teil der entlassenen Arbeiter eingestellt; der Rest bleibt arbeitslos. Dann aber beginnt das Spiel von neuem. Der Konkurrenzkampf geht weiter und führt zum Zusammenbruch des nächst schwächeren Betriebes. Auf diese Art wird die Arbeitslosigkeit immer größer; die Verelendung der Massen nimmt zu. Am Ende des Prozesses befindet sich das Kapital in Händen weniger, und die große Masse ist völlig verelendet.

Was wollen die Reichen aber dann mit ihrem Geld beginnen? Es gibt keinen Handel mehr; das Geld ist wertlos. Dann werden die Arbeiter aus ihrem Elend aufrücken und die letzten Kapitalisten von ihrem schwankenden Thron werfen; die Weltrevolution bricht an, auf welche die klassenlose Gesellschaft, die Erlösung für die Menschheit folgt. Über den Zeitpunkt, wann es den Menschen vergönnt sein wird, in der klassenlosen Gesellschaft zu leben, hat Marx nichts gesagt. Auch wie die Gesellschaft im einzelnen beschaffen sein wird, hat Marx offengelassen. Deshalb wirft man ihm vor - wohl nicht zu Unrecht -, die sozialistische Zukunftsgesellschaft sei Ausdruck eines säkularisierten Messianismus, einer verweltlichten Eschatologie, die wegen ihrer Verweltlichung nur Utopie sein könne. ¹⁴⁾

c) Das Programm der 1875 aus dem Allgemeinen Deutschen Arbeiterverein und der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei entstandenen Sozialistischen Arbeiterpartei Deutschlands war noch ein Kompromiß zwischen den Ideen Lassalles und Marx. ¹⁵⁾ Der Einfluß des Marxisten Bebel auf die neugegründete Partei war jedoch so überragend, daß immer mehr die marxistischen Ideen in den Vordergrund traten.

4. Gleichzeitig mit der Neugründung der Arbeiterparteien entstanden auch die Gewerkschaften neu. Sie waren ihrer Organisation nach von den Parteien unabhängig, die Mitglieder beider Parteien waren aber zum großen Teil die gleichen Personen. Das brachte es mit sich, daß auch das Gedankengut der Gewerkschafts-

14) KLÜBER, a. a. O., S. 131; TUCKER, a. a. O., S. 288 ff.; dazu auch SCHREY, Geschichte oder Mythos bei Marx und Lenin.

15) Ihr Programm (Gothaer Programm) enthielt zum Beispiel noch die Forderung nach staatlich subventionierten Produktivgenossenschaften; vgl. dazu KLÜBER, a. a. O., S. 136; HERKNER, a. a. O., II., S. 355 ff.

bewegung weitgehend dem der sozialistischen Parteien entsprach. Um 1864 entstand auch eine nicht sozialistische Gewerkschaftsrichtung, die nach ihren Gründern genannten Hirsch - Dunckerschen Gewerkvereine, die aber keine große Bedeutung erlangten. ¹⁶⁾

Einen Auftrieb erhielt die Gewerkschaftsbewegung dadurch, daß die Reichsgewerbeordnung vom 29. Mai 1869 ¹⁷⁾ die bis dahin noch bestehenden Koalitionsverbote beseitigte. ¹⁸⁾ Sie räumte aber noch nicht positiv die Koalitionsfreiheit ein. ¹⁹⁾ Aber auch der Genuß dieser zweifelhaften Freiheit war nicht von langer Dauer. Die sozialdemokratische Arbeiterbewegung wuchs ständig und erschien dem preußischen Staat immer mehr als Bedrohung. Die Reaktion war ihr Verbot durch das Sozialistengesetz vom 19. Oktober 1878. Das preußische Obertribunal rechnete zu den verbotenen politischen Vereinigungen auch die sozialistischen Gewerkschaften. ²⁰⁾

Die Verfolgung der Sozialisten dauerte 12 Jahre. Die Partei und die Gewerkschaften arbeiteten jedoch im Untergrund weiter. Das Sozialistengesetz erwies sich als

16) vgl. dazu H. -N., II., S. 126; FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 14.

17) Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. Juni 1869.

18) § 152 der Gewerbeordnung lautet:

I. Alle Verbote und Strafbestimmungen gegen Gewerbetreibende, gewerbliche Gehilfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter werden aufgehoben.

II. Jedem Teilnehmer steht der Rücktritt von solchen Vereinigungen und Verabredungen frei, und es findet aus letzterem weder Klage noch Einrede statt.

19) LOTMAR, in: (ArchfsozGuStat Bd. 15, S. 63) kennzeichnete im Hinblick auf § 152 Abs. 2 GewO, der den Koalitionen den Rechtsschutz versagte, den Zustand der Koalitionen folgendermaßen: "Die Koalition ist frei, nämlich vogelfrei, und ein Koalitionsrecht ist noch zu schaffen". vgl. weiter MÜLLER, Die Gewerkschaften und das Sozialistengesetz, in: Die Arbeit, 1928, S. 669 ff.; H. -N., II., S. 126 ff.

20) Man hatte also drei Arten von Koalitionen zu unterscheiden:

1. verbotene (durch noch bestehende Gesindeordnungen, vgl. den Wortlaut von § 152 Abs. 1 GewO und vorübergehend durch das Sozialistengesetz),
2. geduldet (die nicht unter § 152 GewO fielen),
3. zugelassene (durch § 152 GewO; für sie galt aber auch Abs. 2) H. -N., II., S. 85.

Fehlschlag; der Katakombengeist stärkte nur die sozialistische Bewegung. ²¹⁾ In Erfurt im Jahre 1891 trat die sozialistische Partei erneut in die Öffentlichkeit; die Sozialdemokratische Partei Deutschlands wurde gegründet, deren Programm unter Einfluß Bebels rein marxistisch war. Der Parteitag in Erfurt war eine große aber auch die letzte Demonstration der Einheit des Sozialismus. ²²⁾ Von da ab begann erneut die Auseinandersetzung zwischen Marxismus und gemäßigtem Sozialismus, die schließlich zur Spaltung der Sozialdemokratie vor der Jahrhundertwende in eine gemäßigte und eine radikale Richtung führte. In der gemäßigten Richtung ging die Diskussion um die marxistischen Theorien weiter, bis sie im Bad Godesberger Programm aus dem Jahre 1959 ihren äußerlichen Abschluß fand.

Auch die Gewerkschaften nahmen 1890 ihre Arbeit in der Öffentlichkeit wieder auf. Die Reorganisation der Gewerkschaften war dadurch erleichtert, daß sich die Lokalgruppen während des Sozialistengesetzes nicht aufgelöst hatten. Man schuf für die Gesamtgewerkschaftsbewegung eine Spitze; die Generalkommission der Gewerkschaften Deutschlands. ²³⁾ Genau wie in der Zeit vor dem Sozialistengesetz blieben die Gewerkschaften von der Sozialdemokratischen Partei organisatorisch unabhängig, dennoch arbeiteten die beiden Verbände eng zusammen; die sozialdemokratische Partei machte sich so gut wie alle Gewerkschaftsforderungen zu eigen und wurde dadurch die parlamentarische Exekutive der Gewerkschaften.

5. Für die Gewerkschaften stellte sich, nachdem die sozialistischen Parteien mehr und mehr den marxistischen Lehren anhängen, eindringlich die Frage, wie sich ihr Verhältnis zur bestehenden Ordnung gestalten sollte. Die Entwicklung der englischen Arbeiterbewegung gab die entscheidenden Impulse. In England hatte sich die soziale Lage gewaltig gewandelt. Der Arbeiterbewegung war es gelungen, bessere soziale Verhältnisse zu erreichen. Ein Gesetz von 1875 gewährte den Gewerkschaften endlich die Koalitionsfreiheit. Das Aufblühen des

21) FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 15 ff.; HERKNER, a. a. O., II., S. 303 ff. Einen guten Einblick in die Verhältnisse der gewerkschaftlichen Untergrundarbeit verschafft BRAUNS Buch, *Memoiren einer Sozialistin*.

22) KLÜBER, a. a. O., S. 136; HERKNER, a. a. O., II., S. 371 ff.

23) Der bedeutende Gewerkschaftsführer Carl LEGIEN leitete die Generalkommission; vgl. dazu FURTWÄNGLER, S. 31 ff. Im Jahre 1892 schätzt man die Mitgliederzahl auf mindestens 300 000. (FURTWÄNGLER a. a. O., S. 32); im Jahre 1903 auf 2,5 Millionen (FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 43).

britischen Welthandels ließ Teile der Arbeiter an den nach England fließenden Reichtümern profitieren. So entwickelte sich langsam ein neuer Mittelstand, der nicht mehr auf die Erlösung durch die Weltrevolution im Marxschen Sinne hoffte, sondern sich an dem neu errungenen Wohlstand freute. Das veranlaßte den deutschen Sozialdemokraten Bernstein, der vor Bismarcks Sozialistengesetz nach England geflohen war, in seinem Buch "Die Voraussetzungen des Sozialismus", die Marxsche Lehre zu kritisieren. Insbesondere galt die Kritik Bernsteins der Verelendungstheorie Marx: Sprach doch schon die Entstehung eines neuen Mittelstandes in England gegen ihre Richtigkeit! Konsequentermaßen machte sie aber auch die Gewerkschaftsarbeit sinnlos, da es Ziel der Gewerkschaft war, die soziale Lage der Arbeiter zu verbessern. Damit gab man aber der Verelendungstheorie zufolge dem Kapitalismus neuen Auftrieb und verzögerte die Weltrevolution. Bernstein stellte die These auf, daß die zunehmende Sozialreform und die Eigenhilfe der Arbeiter durch die Gewerkschaften, Genossenschaften, Parlamente und kommunale Selbstverwaltung zur sozialistischen Ordnung ohne Revolution führe. ²⁴⁾ Diese Ansicht erregte großes Aufsehen und viele Gewerkschaftsführer machten sich den Bernsteinischen Reformismus zu eigen. Das war der erste und wichtigste Schritt dafür, daß die Arbeiterbewegung überhaupt von ihrer Konzeption her an der Verbesserung der bestehenden Ordnung mitwirken konnte. Das bedeutet aber nicht, daß sich die Gewerkschaften völlig von den marxistischen Lehren abkehrten. Vielmehr entstand eine schwer zu charakterisierende Mischung zwischen Marxismus und Reformsozialismus. Der Zukunftsglaube der marxistischen Ideologie war das vereinigende, Begeisterung schaffende Band, der reformistische Sozialismus die Grundlage für die mühsam umkämpften Alltagsprobleme. ²⁵⁾

6. In den neunziger Jahren wurden die ersten christlichen Gewerkschaften gegründet, die sich 1899 auf einem Kongreß in Mainz zum Gesamtverband der christlichen Gewerkschaften zusammenschlossen. ²⁶⁾ Wie die anderen Gewerkschaften kämpften sie gegen die sozialen Mißstände für höhere Löhne und bessere Arbeitsbedingungen. Von den sozialistischen Gewerkschaften unterschieden sie sich durch die geistige Grundhaltung. Sie standen auf dem Boden des Christentums. Im Zusammenhang mit der Gründung der christlichen Gewerkschaften stand auch, daß in den neunziger Jahren endlich die Kirchen ihre Aufgabe zur Lösung der sozialen Frage erkannten. Nur wenige Repräsentanten der Kirche, wie zum Beispiel der Mainzer Bischof Emanuel von Ketteler, hatten die Partei der Arbeit-

24) vgl. dazu FURTWÄNGLER, a.a.O., S. 20; KLÜBER, a.a.O., S. 153 ff.; HERKNER, a.a.O., II., S. 388 ff.

25) FURTWÄNGLER, a.a.O., S. 35.

26) vgl. dazu H.-N., II., S. 126; FURTWÄNGLER, a.a.O., S. 39 ff.

ter ergriffen. Entscheidend zur Neuorientierung trug die Enzyklika *Rerum Novarum* Leos XIII vom 15. 5. 1891 bei.

7. Das Jahr 1899 ist ein bedeutsames Jahr in der Geschichte der Gewerkschaftsbewegung. Die Mittel der Gewerkschaften im Kampf gegen die Arbeiter waren, genau wie sie es heute noch sind, Streik oder Drohung damit; ihr Ziel, günstige Arbeitsbedingungen zu erreichen. Aber neben den christlichen Gewerkschaften traten zunächst nur die Hirsch-Dunckerschen Gewerkvereine nach englischem Vorbild dafür ein, mit dem Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen auszuhandeln und vertraglich niederzulegen.²⁷⁾ Die sozialistischen, die sogenannten freien Gewerkschaften hatten bislang den Tarifvertrag als Schwächung des Klassenkampfgedankens abgelehnt. Erst 1899 brachte der freie Gewerkschaftskongreß eine Wendung,²⁸⁾ so daß um die Jahrhundertwende alle Gewerkschaften den Tarif-

27) Manche Autoren glauben ein Vorbild für den Tarifvertrag im Höferecht des Mittelalters finden zu können. Vgl. dazu SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz, S. 40 ff.; auch MAURER, Geschichte der Frohnhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland, Bd. I, S. 320 ff.; 500 ff.; Bd. II, S. 315 ff.; FÜRTH, Die Ministerialen, S. 46, 160 ff.; v. GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I, S. 158 ff. NIPPERDEY, (H.-N., II. S. 158 Anm. 1) glaubt, daß der Gedanke, Arbeitsverhältnisse durch Organisationen zu regeln, erst in den Stadtrechten des späten Mittelalters zu finden sei. Als die Zunftverfassung zu verfallen begann, schlossen sich immer mehr die Gesellen zu Verbänden zusammen. Diese Verbände kämpften gegen den Meister und die Zünfte um die Arbeitsbedingungen. Wir kennen aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts eine Reihe von Kollektivvereinbarungen, in denen man sich über Lohn, Arbeitszeit und ähnliches einigte. (Abkommen der Wollenweber von Speyer aus den Jahren 1351 und 1362, der Straßburger Weber aus dem Jahre 1363, der Thorner Goldschmiede aus dem Jahre 1437. "Daß mit den Gesellen alle Dinge wie aller Schaden, Kosten und Verlust gütlich geschlichtet und gerichtet, ewiglich versöhnt und eines Lohnes übereinkommen..." zit. bei H.-N., II., S. 158 Anm. 1; Abkommen der Wollenweber aus dem Jahre 1351.)

28) "Tarifliche Vereinbarungen, welche die Lohn- und Arbeitsbedingungen für eine bestimmte Zeit regeln, sind als Beweise der Gleichberechtigung der Arbeiter seitens der Unternehmer bei Festsetzung der Arbeitsbedingungen zu erachten und in den Berufen erstrebenswert, in welchen sowohl eine starke Organisation der Unternehmer als auch der Arbeiter vorhanden ist, welche eine Gewähr für Aufrechterhaltung und Durchführung des Vereinbarten bieten. Dauer und Umfang der jeweiligen Vereinbarung lassen

vertrag bejahten. ²⁹⁾ Das war ein bedeutender Sieg der "Revisionisten". Mochten sich die Gewerkschaften in der Folgezeit noch so marxistisch gebarden, dadurch daß sie den Tarifvertrag bejahten, hatten sie den entscheidenden Schritt getan, aus einer Revolutionsgruppe eine die bestehende Ordnung bejahende gesellschaftliche Macht zu werden.

§. Der größte Umschwung im Verhältnis der Gewerkschaften zum Staat vollzog sich nach dem ersten Weltkrieg. Noch während der Wirren des Zusammenbruchs schlossen sich die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Gewerkschaften aller Richtungen zur Zentralarbeitsgemeinschaft zusammen, um in freier Selbstverwaltung die Produktion und das Wirtschaftsleben in Gang zu halten. Das Abkommen der Spitzenverbände vom 15. Nov. 1918 begann: "Die Gewerkschaften werden als berufene Vertreter der Arbeiterschaft anerkannt."

Man plante ein ganzes System von Körperschaften wirtschaftlicher Selbstverwaltung zur Lösung aller die Industrie und das Gewerbe Deutschlands betreffenden wirtschaftlichen und sozialen Fragen. ³⁰⁾ Diese Pläne standen auf dem Kongreß der freien Gewerkschaften in Nürnberg im Jahre 1919 zur Diskussion. Die linke "Räteopposition" wandte sich heftig gegen die Arbeitsgemeinschaft und ihre Pläne. Die Verfechter des Reformsozialismus befürworteten sie geradezu als Vorstufe der Sozialisierung. ³¹⁾ Auch die christlichen Gewerkschaften stimmten den Plänen zu. Die weitgespannten Ziele wurden aber nicht erreicht. Auch die "Zentralarbeitsgemeinschaft" bestand nur bis 1924. Teilweise allerdings schlugen sich die neuen Ideen in Gesetzen nieder. Zunächst erkannte die Verfassung die Koalitions-

Fortsetzung der Fußnote 28) von Seite 138:

sich nicht schematisieren, sondern hängen von der Eigenart des betreffenden Gewerbes ab."

So lautet die Entschließung, welche die freien Gewerkschaften auf dem zitierten Gewerkschaftskongreß annahmen. (zit. nach H.-N., II., S. 159, Anm. 2.)

- 29) Aus dem "Klassenkampf" wurde ein "Klassengegensatz" vgl. dazu KLÜBER, a.a.O., S. 155 ff.; HERKNER, a.a.O., I. S. 241 ff., 254 ff.
- 30) Vgl. dazu das Buch des Gewerkschaftlers LEIPART, Auf dem Wege zur Wirtschaftsdemokratie; FURTWÄNGLER, a.a.O., S. 46 ff.; 64 f.; HERKNER, a.a.O., I., S. 116 ff.; JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 20 ff.; dazu auch Art. 165 WRV.
- 31) FURTWÄNGLER, a.a.O., S. 48.

freiheit an: ³²⁾ "Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für alle Berufe gewährleistet" (Art. 159 der Weimarer Reichsverfassung). Durch die Tarifvertragsverordnung vom 23. Dez. 1918 ³³⁾ wurden die Tarifverträge anerkannt und mit besonderen Wirkungen ausgestattet. Durch das Betriebsrätegesetz vom 4. Febr. 1920 ³⁴⁾ wurde das Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb festgelegt. Dieses Gesetz verstärkte den Einfluß der Gewerkschaften auf den innerbetrieblichen Bereich, da meistens Gewerkschaftler die Betriebsratsposten übernahmen. Diese Gesetze sind Ausdruck der Anerkennung der gewerkschaftlichen Arbeit und der Gewerkschaften selbst. Die Gewerkschaften traten damit immer mehr heraus aus dem feindlichen Verhältnis zum Staat und dem "permanenten Nahkampf mit dem Arbeitgeber" in ein rechtlich anerkanntes "institutionelles" Verhältnis. ³⁵⁾ Im einzelnen soll die Bedeutung der Gewerkschaften für die Weimarer Republik nicht weiter verfolgt werden. ³⁶⁾ Dahinstehen kann auch, wieso es Hitler möglich war, die Gewerkschaften zu liquidieren. ³⁷⁾

9. Nach dem zweiten Weltkrieg begannen die "Übriggebliebenen" die alten Betriebsräte und Vertrauensleute mit der Reorganisation. Aber bedingt durch die Zonenteilung konnte erst im Oktober 1949 in München der Deutsche Gewerk-

32) Die gesetzliche Gewährung der Koalitionsfreiheit erfolgte bereits durch den Rat der Volksbeauftragten in einer Erklärung vom 12. November 1918;

Darin heißt es:

1.

2. Das Vereins- und Versammlungsrecht unterliegt keiner Beschränkung; auch nicht für Beamte und Staatsarbeiter.

3. Die Gesindeordnungen werden außer Kraft gesetzt, ebenso die Ausnahmegesetze für Landarbeiter, (zit. aus H.-N., II., S. 86.)

33) RGBL. Teil I., S. 1452; neugefaßt durch das Gesetz zur Änderung der Tarifvertragsverordnung vom 28. Februar 1928, RGBL. Teil I., S. 47.

34) RGBL. S. 147; zum "Rätesystem", JACOBI, a. a. O., S. 20 f.

35) FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 49.

36) Zur Rolle der Gewerkschaften im KAPP-PUTSCH vgl. FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 49 f.; während der Besetzung des Ruhrgebietes, a. a. O., S. 57 f.; allgemein zu ihrem Verhältnis zur Weimarer Republik, a. a. O., S. 66 f.; "Die Gewerkschaften, die sich mit dem Weimarer Staat identifizierten, ..." (67).

37) Vgl. dazu: FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 75 ff.; auch SCHUMANN, Nationalsozialismus und Gewerkschaftsbewegung, S. 49 ff., 76 ff.

schaftsbund für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland gegründet werden. ³⁸⁾ Der Deutsche Gewerkschaftsbund umfaßt 16 Verbände, in welche jeweils Arbeiter und Angestellte eines Industriezweigs zusammengefaßt sind. Daneben gibt es allerdings noch einige andere Verbände, die nicht im Deutschen Gewerkschaftsbund zusammengeschlossen sind: die Deutsche Angestelltengewerkschaft, der Deutsche Beamtenbund und einige andere.

Die Gesetzgebung über die rechtliche Stellung der Gewerkschaften und der Arbeiterschaft insgesamt knüpfte an das in der Weimarer Republik Erreichte an. Art. 9 Absatz 3 GG gewährt entsprechend wie Art. 159 WRV die Koalitionsfreiheit; zur Regelung der Tarifverträge wurden zunächst auf Länderebene neue Gesetze erlassen bis das Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949 in Kraft trat; nach langen Kämpfen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern kam es auch zu einem Betriebsverfassungsgesetz, ³⁹⁾ das die Mitbestimmung der Arbeiterschaft im Betrieb regelt.

10. Auch nach dem zweiten Weltkrieg ging innerhalb der Sozialdemokratischen Partei und den Gewerkschaften die Auseinandersetzung zwischen "Marxisten" und "Revisionisten" weiter. Während sich die Sozialdemokratische Partei in Bad-Godesberg endgültig von ihrem marxistischen Erbe trennte, ⁴⁰⁾ wird in den Gewerkschaften weiter diskutiert. Wenn auch die Debatten um ein Programm für die Gewerkschaften mit viel Aufwand geführt werden, so geht es doch nicht mehr um die prinzipielle Entscheidung zwischen Marxismus und allen anderen Spielarten des Sozialismus, sondern darum, marxistische Zöpfe, die weitgehend nur mehr als rhetorische Stilmittel für Massenkundgebungen Bedeutung haben, abzuschneiden. ⁴¹⁾

Innerhalb der einzelnen Verbände des Deutschen Gewerkschaftsbundes werden verschiedene Auffassungen vertreten: Die Industriegewerkschaft Metall ist unter dem Vorsitz von Brenner als radikale "linksgerichtete" Gewerkschaft bekannt, während die Gewerkschaft Bau-Steine-Erde unter Vorsitz von Leber die "weiche Linie" vertritt. Wir können uns sparen, diese Diskussionen zu würdigen, auch sie haben mit dem alten Grundsatzstreik Marxismus oder Revisionismus nichts mehr gemein.

38) FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 89 ff.; ECKL, a. a. O., mit vielen Literaturangaben zur Nachkriegsentwicklung.

39) Gesetz vom 11. Oktober 1952, BGBl. I, S. 681 in der Fassung des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 3. September 1953, BGBl. Teil I, S. 1267.

40) Vgl. zum Beispiel den Abschnitt über die Stellung der Gewerkschaften, Grundsatzprogramm der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, 13.-15. November 1959, S. 17 f.

41) Vgl. dazu ECKL, a. a. O., S. 30 ff.

Nach dem Kriege entstand der Deutsche Gewerkschaftsbund als Einheitsgewerkschaft, die ohne Ideologie und Weltanschauung demokratisch und unabhängig von Unternehmern, Regierung, Konfessionen und Parteien sein sollte. Deshalb erübrigten sich auch gesonderte christliche und liberale Gewerkschaften. ⁴²⁾ Der Sozialismus ist heute keine Weltanschauung mehr, sondern ein "Grundbestand gesellschaftspolitischer Prinzipien" wie Menschenwürde, Freiheit und soziale Gerechtigkeit. Das zeigt sich deutlich in den Äußerungen führender Sozialisten zur Wettbewerbsordnung: ⁴³⁾ Für den Sozialisten ist der Wettbewerb zwar kein natürliches Prinzip, aber doch eine zweckmäßige Technik der wirtschaftlichen Ordnung: "Wo seine Voraussetzungen nicht gegeben sind, ... wird der Sozialist die Voraussetzungen künstlich zu schaffen streben. Wo das nicht geht, wird er auf den Wettbewerb verzichten, ohne damit ein Sakrileg zu begehen. Dann wird er Bindungen, soweit wie nötig, einführen ..." ⁴⁴⁾ Zunächst gewährt eine sozialistische Wirtschaftspolitik einzelwirtschaftliche Freiheit und Gelegenheit zu selbstverantwortlicher Ausrichtung auf das Gemeinwohl. "Im Zweifel für die Freiheit" könnte man auch sagen, wenn heute in allen sozialistischen Veröffentlichungen die Beweislast für Eingriffe in den Wirtschaftsprozess dem Wirtschaftspolitiker auferlegt wird. ⁴⁵⁾ "Wo allerdings der Wettbewerb die Lenkungs Aufgabe nicht meistert und Spannungen zwischen Einzel- und Gesamtinteresse auftreten, wo sie notwendigen Anpassungen nicht vollzogen werden, wird der Sozialist zur Lenkung greifen." ⁴⁶⁾ Bei einer solchen Gesellschaftskonzeption besteht zwischen den Sozialisten und den Liberalen kein unüberbrückbarer Unterschied mehr, wie er zu Beginn des neunzehnten Jahrhunderts bestanden hat. Spätestens nach der Weltwirtschaftskrise verschwand der Glaube an das freie Spiel der Kräfte, das zur harmonischen Weltordnung führt. ⁴⁷⁾ Die Vorstel-

42) FURTWÄNGLER, a. a. O., S. 91; 1956 entstand die "Christliche Gewerkschaftsbewegung Deutschlands", die bis jetzt aber kaum Bedeutung erlangt hat.

43) EICHLER, JUNKER, WUTHE, Ordnungsvorstellungen des demokratischen Sozialismus, in: Menschenwürdige Gesellschaft, S. 183 ff.; dazu auch ausführlich KLÜBER, a. a. O., S. 161 ff.; mit weiteren Literaturangaben.

44) Zitat nach Menschenwürdige Gesellschaft, S. 240.

45) Menschenwürdige Gesellschaft, S. 241.

46) ebenda.

47) Die Wirtschaftsgeschichte der Vereinigten Staaten liefert gute Beispiele dafür. Lange Zeit hielten die Gerichte Arbeiterschutzgesetze für verfassungswidrig, weil sie die Vertragsfreiheit beschränkten. Vgl. dazu LOEVY, Die bestrittene Verfassungsmäßigkeit der Arbeitergesetze in den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 57 ff. Die Entliberalisierung des Außenhandels war der erste Eingriff in die Wirtschaft durch den Staat. Vgl. dazu PREDÖHL, Außenwirtschaft, S. 206 ff.

lung des Staates als "Nachtwachterstaat" machte immer mehr einen anderen Platz, nach der der Staat, wie es Lassalle gefordert hatte, für den Wohlstand aller Bürger zu sorgen hatte. Der "Neoliberalismus" löst den "Altliberalismus" ab. Der Neoliberalismus ist der "Weg der regulierten Freiheit". Das bedeutet; der Staat greift regulierend ein. 48) 49)

11. Im Rahmen einer Untersuchung über Herkunft und Ideologie der Koalition ist es angebracht, nicht nur die geschichtliche Entwicklung der Arbeitnehmerverbände sondern auch die der Arbeitgeberverbände zu betrachten, da der Tarifvertrag ein Produkt beider Verbände ist. Im allgemeinen wird aber in der Geschichte der Koalitionen in der Hauptsache von der Entwicklung der Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung gehandelt; die Geschichte der Arbeitgeberverbände dagegen wird nur gestreift. Das hat seinen guten Grund. Eine eigentliche Geschichte der Arbeitgebererschaft gibt es nicht. Die Arbeiter sind, wie an anderer Stelle bereits festgestellt, nicht in gleichem Maße wie die Arbeitgeber gezwungen, sich in Verbänden zusammenzuschließen. Der Arbeitgeber, der an der Spitze eines großen Unternehmens steht, ist in der Regel allein schon ein Machtfaktor, gegen den sich der Kampf einer Gewerkschaft richten kann. Er allein kann ja auch Partner eines Tarifvertrags sein; während der Autarkhose, Mitglied der Industriegewerk-

48) Diese Übereinstimmung möge nicht den Eindruck erwecken, Neoliberalismus und Neosozialismus seien im Grunde zwei Namen für eine Anschauung. Richtig wird sicher sein, wenn man sagt, sowie der Neoliberalismus vom Liberalismus, ist der Neosozialismus vom Sozialismus abgeleitet, wobei sich beide annähern. Vgl. dazu RUDOLF, Evangelische Sozialethik, in: Menschenwürdige Gesellschaft, S. 148 f., der sich mit diesen Fragen auseinandersetzt).

49) EUCKEN, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, in: Ordo Bd. 2, S. 1 ff.; DERS., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 26 ff., 241 ff., 372 ff.; MEINHOLD, Volkswirtschaftspolitik, S. 91 ff.; HAYEK, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung; DERS., Wahrer und falscher Individualismus, in: Ordo Bd. 1, S. 19 ff.; ROPKE, Der wissenschaftliche Ort der Nationalökonomie; DERS., Staatsinterventionismus, in: HWBSt. Erg. Bd. S. 861 ff.; DERS., Sozialisierung, in: HWBSt. S. 567 ff.; DERS., Civitas humana, insbes. S. 297 ff.; DERS., Die Gesellschaftskrisis in der Gegenwart, insbes. S. 245 ff.; DERS., Gegen die Brandung, insbes. S. 334 ff. Weitere Literatur: ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil, § 15, Anm. 50; NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Anm. 1; MEINHOLD, a.a.O., S. 13, 96.

schaft Metall, neben den rund eineinhalb Millionen anderen Mitgliedern zum namenlosen Rädchen in der Maschinerie "Verband" wird, behält der Generaldirektor, auch wenn er Mitglied eines Arbeitgeberverbandes ist, unter den wenigen seinesgleichen Gewicht und Stimme. Von daher wird deutlich, daß die Arbeitgebervereinigungen, weil ihre Mitglieder nicht in der Anonymität des Verbandes verschwinden, nicht selbst "Geschichte machen" können. Dagegen ist es möglich, daß einzelne Unternehmer und ihre Firmen, man denke an Krupp, Ford, Opel, eine Geschichte haben.⁵⁰⁾ Daraus erhellt, die Arbeitgeberverbände sind in der Regel nur in der Reaktion auf Arbeitnehmeraktionen entstanden. Je mächtiger die Gewerkschaften wurden, um so mehr waren auch die Arbeitgeber gezwungen, untereinander Solidarität zu üben und sich zusammenzuschließen.

Das Bedürfnis nach einer umfassenden Arbeitgeberorganisation entstand erstmals bei dem Weberstreik von Crimmitschau in den Jahren 1903/04. 7000 Weber kämpften um den Zehnstundentag. Da die Gewerkschaft durch Spenden aus der Arbeiterschaft in der Lage war, die Streikenden zu unterstützen, drohten den betroffenen Arbeitgebern durch einen langen Streik große Verluste. Dem Zentralverband deutscher Industrieller gelang es, alle Arbeitgeberverbände zur Unterstützung der Betroffenen zu gewinnen. Die streikenden Weber fürchteten eine Massenaussperrung und gaben ihre Sache verloren. Unter dem Eindruck dieser Ereignisse schlossen sich die Arbeitgeberverbände zu Spitzenverbänden zusammen. Die Einzelheiten der Entwicklung wollen wir nicht weiter verfolgen.⁵¹⁾

Auch zur Geisteshaltung der Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände bedarf es keiner langen Ausführungen. Soweit in Arbeitgeberkreisen nicht der heute weitgehend überholte Standpunkt des Altliberalismus galt, findet sich heute neben der Maxime "wer Geld hat, braucht keine Ideologie", die neoliberale oder auch neosozialistische Haltung.

Als Ergebnis können wir deshalb festhalten: Sowohl die Gewerkschaften als auch die Arbeitgeberverbände sind ihrer geistigen Grundhaltung nach geeignet, Gemeinschaften im Sinne der Subsidiaritätsordnung zu sein.

50) Vgl. dazu: RAMM, Die Parteien des Tarifvertrages, S. 69 ff.

51) HERKNER, a. a. O., I. S. 459 f.

DIE "SOZIALPARTNER" UND DER "ARBEITSKAMPF"

1. Im vorangegangenen Paragraphen hat sich gezeigt, daß nach Herkunft und geistiger Grundlage der Koalitionen keine Bedenken dagegen bestehen, sie als mögliche Funktionsträger des Gemeinwohls im Sinne des Subsidiaritätsprinzips anzusehen. Die folgende Untersuchung schließt unmittelbar an dieses Ergebnis an. Dabei geht es hier aber nicht mehr um die Einstellung der Koalitionen zum Staat sondern um die Verträglichkeit ihrer praktischen Tätigkeit mit dem staatlichen Ordnungsgedanken. Sobald nach der Tätigkeit der Berufsverbände gefragt wird, treten uns zwei Vorstellungen entgegen: die Koalitionen als Sozialpartner und die Koalitionen im Arbeitskampf. An diese beiden Vorstellungen wollen wir anknüpfen.

Was bedeutet der Arbeitskampf? Die Mittel des Arbeitskampfes sind für die Gewerkschaften der Streik, für die Arbeitgeberverbände die Aussperrung. "Der Streik ist, wie der Krieg ein Akt der Gewalt, ausgelöst durch die Unnachgiebigkeit des sozialen Gegenspielers. Er unterliegt daher auch den Regeln des Kampfes. Während der Krieg die Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln ist (Clausewitz: Vom Kriege) ¹⁾, ist der Streik als Mittel des Arbeitskampfes die Fortsetzung der Organisationspolitik mit anderen Mitteln." Dieses Zitat stammt aus "Der Streik", ein Buch von Grote, das die Taktik und die Strategie des Arbeitskampfes behandelt. ²⁾ Den Unterschied zum Krieg sieht der Autor darin, daß in der Anwendung des Kampfmittels Streik der Gewalt Schranken gesetzt sind, denn Brachialgewalt und Sabotage sind keine Mittel des modernen Arbeitskampfes. ³⁾ Grote erörtert eingehend die psychologischen und materiellen Voraussetzungen des Streiks. Er analysiert erfolgreiche und nicht erfolgreiche Arbeitskämpfe, um eine Taktik und Strategie des Arbeitskampfes zu entwickeln.

Auch in der arbeitsrechtlichen Literatur findet man den Arbeitskampf in Analogie zum Krieg behandelt: "Ein Arbeitskampf bildet einen Kampfstadium wie ein Krieg. Er wird daher nicht nach Rechtsgrundsätzen entschieden, sondern durch Überwindung der einen Partei durch die andere gewonnen. Und diese Überwindung ist keine Folge des besseren Rechts oder auch nur der berechtigten oder größeren Interessen, sondern ausschließlich eine Frage der größeren Macht, bedeutet also lediglich eine Kraftprobe zwischen den streitenden Parteien, bei der der stärkere Teil siegt, der schwächere unterliegt." ⁴⁾

1) Richtig zitiert müßte es heißen: "Der Krieg ist nichts als eine Fortsetzung des politischen Verkehrs mit Einmischung anderer Mittel." CLAUSEWITZ, Vom Kriege, Teil III, S. 140.

2) GROTE, Der Streik, S. 145.

3) a. a. O., S. 146.

4) KASKEL, Arbeitsrecht, S. 373.

Eine ähnliche Vorstellung vom Arbeitskampf mag auch Schindler dazu bewogen haben, Arbeitsrecht und Völkerrecht in geistvoller Weise zu vergleichen.⁵⁾ Er bezeichnet Arbeits- und Völkerrecht als werdende Rechte, das heißt Rechtsordnungen, die noch im Ansatz stecken und nach Vollendung streben. Er führt dazu aus: Wenn es zwischen den Koalitionen oder den Völkern zum Kampf komme, so vollziehe sich der Interessenausgleich außerhalb des Rechts.⁶⁾ Ist auch der Arbeitskampf ein rechtlich beschränkter Kampf, führt Schindler aus, so ist er doch als Kampf Negation des Rechts.⁷⁾ Schindler unterscheidet den Arbeitskampf von der Konkurrenz auf wirtschaftlichem, geistigem, politischem Gebiet, die er als ein Mittel zur Erlangung von Höchstleistungen bezeichnet: Stehen zwei Parteien im Wettbewerb miteinander, so kämpfen sie nicht miteinander sondern ringen um einen Erfolg bei dem Kunden. Die Schädigung des anderen sei bei dem Kampf ein notwendiges Mittel, beim Wettbewerb ein zufälliges Ergebnis. Der Kampf sei ein vorläufiger, außerordentlicher Zustand, der Wettbewerb ein dauernder, normaler, der in Ausnahmefällen in Kampf ausarten könne. Schindler schließt seine Gegenüberstellung, in dem er den Arbeitskampf als echten Kampf bezeichnet; als einen Rest des alten Fehderechts oder als die Anerkennung eines neuen.⁸⁾ Mit dieser letzten Bemerkung weckt er schreckliche Assoziationen an Zeiten der germanischen Rechtsgeschichte, in denen statt staatlicher Ordnung Faust- und Fehderecht galten.

2. Zunächst ist Schindler, und damit auch allen anderen Autoren, die den Arbeitskampf als echten Kampf auffassen, entgegenzuhalten, daß man nicht nur vom Arbeitskampf, sondern auch vom Konkurrenzkampf und Lebenskampf spricht, wobei oftmals zur näheren Ausmalung der "Kampfsituation" noch andere Kriegsausdrücke gebräuchlich sind. Daraus wird bereits deutlich, daß nicht alles, was als Kampf bezeichnet ist, durchaus auch ein Kampf im Sinne eines Krieges sein muß. Kampf im übertragenen Sinne bedeutet nicht mehr als einen Ausdruck für die Härte einer Auseinandersetzung. Jede Handlung, der ein anderer Widerstand entgegensteht, läßt sich deshalb als "Kampfsituation" begreifen: der Arbeitskampf wie der Konkurrenzkampf; der Kampf eines Fabrikanten mit seinen Abnehmern um den Kaufpreis, wie der Kampf eines Mieters mit dem Vermieter um den Mietpreis. Das Ziel dieser Kämpfe ist immer gleich: die Erhöhung des eigenen Profits auf Kosten des anderen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der

5) SCHINDLER, Werdende Rechte, in: Festgabe für F. Fleiner zum 60. Geburtstag, S. 400 ff.

6) a. a. O., S. 401.

7) a. a. O., S. 401.

8) a. a. O., S. 402.

"Angriff" gegen den anderen direkt oder gegen ein ihn interessierendes "Objekt", den Kunden zum Beispiel, gerichtet ist. Wenig Bedeutung hat es auch, ob der Kampf dauert oder nicht. Der Preiskampf dauert nur kurz; bis zum Abschluß des Vertrages; der Konkurrenzkampf, solange die Konkurrenten bestehen.

Wie Ridder überzeugend ausgeführt hat, ist der Arbeitskampf auch kein Ausnahmezustand, der das sonst friedliche Verhältnis der Sozialpartner stört. "Es gibt in dem gegenseitigen Verhältnis der Koalitionen grundsätzlich keine gegnerische Verschiedenheit von Arbeitskampf und Arbeitsfrieden, obwohl es natürlich beträchtliche Abstufungen in der Intensität der in der Auseinandersetzung eingesetzten Mittel gibt. Auch während des Bestehens des Tarifvertrags kommt diese Auseinandersetzung zwischen den Vertragspartnern nicht zur Ruhe; Hinweise auf den demnächstigen fristgemäßen Ablauf, Ankündigungen oder auch Androhung der Kündigung und vieles andere mehr sind erfahrungsgemäß an der Tagesordnung... Eine völlig "druckfreie Ruhelage" ist eine Illusion." ⁹⁾ Das Bild von der druckfreien Ruhelage bezeichnet Ridder als ein Wunschbild. Es entwachse einem ideologischen Nährboden, der unter der romantisierenden Bemäntelung der wahren Sachlage mit Hilfe der Schlagworte: Ausgleich der Interessen auf einer höheren, versachlichten Ebene, Dienst am Volksganzen, das Phänomen der staatlichen, quasistaatlichen oder staatsparteilichen Syndikate hervorgebracht habe. ¹⁰⁾

An diesen Äußerungen Ridders ist zweierlei wichtig: Einmal hat er klar herausgestellt, wie leicht man heute dazu geneigt ist, den Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft zu verniedlichen. In das Gerede von den "Sozialpartnern" schleicht sich unter der Hand die mystische Vorstellung ein, der Interessengegensatz zwischen den Koalitionen sei in der "strahlenden *volonté générale*" ¹¹⁾ des zur Zeit geltenden Tarifvertrags integriert. Zum anderen hat Ridder aber auch dem Arbeitskampf den Nimbus des schrecklichen Krieges genommen. Niemand wird bestreiten, daß es im Laufe der Geschichte der Arbeiterbewegung Zeiten gegeben hat, in denen die Analogie des Arbeitskampfes zum Völkerkampf voll auf berechtigt war. Es gab Zeiten, in denen der Arbeiter aufstehen und auf die Barrikaden gehen mußte, um sich und seine Familie vor dem Hungertod zu retten. Heute aber ist der Arbeitskampf auf den Ausdruck des Interessengegensatzes reduziert. Dabei heißt "Arbeitskampf" nicht nur die Extremsituation Streik und Aussperrung! Arbeitskampf ist der täglich sich manifestierende Interessengegensatz und Interessenausgleich zwischen den Koalitionen. Überträgt oder überläßt es der Staat den Koalitionen, ihre Interessen selbst wahrzunehmen, so

9) RIDDER, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 38.

10) a. a. O., S. 39.

11) ebenda.

ist der Ausdruck ihrer Gegensätzlichkeit keine Negation des Rechts, wie Schindler meint. Der Arbeitskampf der Koalitionen ist "in die übergreifende und sanktionsgerüstete Rechtsordnung des Staates eingebettet." ¹²⁾ Er ist deshalb nicht mehr mit dem Kampf der Völker zu vergleichen; er ist durch den Staat institutionalisiert. Die Institutionalisierung ist der "psychologische Trick" der Ordnungsvorstellung, die dem Subsidiaritätsprinzip zugrunde liegt. Die Stammtischbrüder, die mit viel Lärm ihren Unmut auf die Politik der Bundesregierung kundtun, werden eher heißer und dann still, als daß sie um ihre Meinung durchzusetzen, auf die Barrikaden gingen. Vielleicht täten sie es aber, wenn man ihnen nicht mehr erlauben wollte, ihre Ansicht am Stammtisch zu äußern. Ähnlich hat auch die Anerkennung der Koalitionsrechte den Gewerkschaften viel von ihrem ursprünglichen Elan genommen, den das Bewußtsein der Illegalität mit sich brachte. Freilich ist auf der anderen Seite nicht zu verkennen, daß sich die soziale Lage seit dem Entstehen der Arbeiterbewegung bis zum heutigen Tage grundlegend geändert hat. Der Hunger entfaltet größere Gemeinschaftskraft als das Bewußtsein, Funktionsträger des Gemeinwohls in einem freiheitlich demokratischen Staat zu sein. Deshalb darf man auch nicht blind darauf vertrauen, die Anerkennung der Eigenverantwortlichkeit sei für alle Zeit eine Garantie dafür, daß die Gewerkschaften zu keiner Gefahr für den Staat werden könnten. Die Gewährung der Freiheit, gleichgültig, ob es sich um Einzel- oder Gruppenfreiheitsrechte handelt, - das ist auch in diesem Zusammenhang noch einmal hervorzuheben - schließt in jedem Fall ein nicht zu vermeidendes Risiko ein.

Als Ergebnis läßt sich festhalten: die Tätigkeit der Koalitionen ist generell gesehen nicht unvereinbar mit den staatlichen Ordnungsgedanken.

§ 26

DIE BERUFSSTÄNDISCHE ORDNUNG UND DIE KOALITIONEN

1. Der letzte Paragraph der Untersuchung über die Koalitionen als Gemeinschaften im Sinne des Subsidiaritätsprinzips dient der Frage, ob die Koalitionen ihrer Organisation nach als Funktionsträger öffentlicher Aufgaben ausgeschlossen sind. Um diese Frage zu beantworten, werden wir im folgenden überprüfen, inwieweit sich die Koalitionen von den Ständen im Sinne von Quadragesimo Anno unterscheiden. Zunächst wollen wir uns mit dem äußeren Faktum beschäftigen, daß man mit Stand im allgemeinen eine Einheitsorganisation meint, während die Tarifpartner aus zwei getrennten Verbänden bestehen. Die Verwirklichung der berufsständischen Ordnung erfordert aber nicht, daß Arbeitnehmer und Arbeitgeber in einer Körperschaft vereinigt sind. Eine solche Einheitsorganisation ver-

12) a. a. O., S. 40.

langt die Enzyklika nicht. Eine Arbeitnehmer und Arbeitgeber umfassende Organisation ist insbesondere auch aus praktischen Überlegungen nicht den getrennten Verbänden vorzuziehen. Denn die Möglichkeit der Störung der staatlichen Ordnung oder die Möglichkeit des Klassenkampfes würde eine Tarif- oder Berufsgemeinschaft auch nicht ausschließen. Wie ein Vergleich mit der Volksversammlung zeigt, sind auch in einer Körperschaft die einzelnen Gruppen unterscheidbar vorhanden. Eine mächtige Gruppe hat im gleichen Umfang in der Hand, die Arbeit einer Vertretungskörperschaft wie die Ordnung, die auf dem Vertragsgedanken aufbaut, lahmzulegen. Messner lehnt sogar die Einheitsorganisation aus praktischen Gründen ab; er führt aus: "Die durch die Produktionstechnik bedingte Trennung von Kapital und Arbeit bildet einen ... wichtigen Unterschied zwischen der mittelalterlichen und der heutigen Gestalt eines demokratischen Korporativismus; denn sie muß zur getrennten Organisation von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zum Zweck des Schutzes der beiderseitigen Interessen führen." ¹⁾

2. Was bedeutet der Stand nach der katholischen Soziallehre und unterscheidet sich die berufsständische Ordnung von den Koalitionen, wie wir sie in unserem Staat vorfinden? Die Stände rechnen zu den natürlichen Gemeinschaften. Von einer natürlichen Gemeinschaft spricht man, wenn sie in der Natur des Menschen begründet ist. Das ist der Fall, wenn sie dazu dient, der menschlichen Person unentbehrliche Werte zu vermitteln. Die freien Gemeinschaften bilden den Gegensatz zu den natürlichen; sie vermitteln dem Menschen Werte, welche ihn lediglich zusätzlich bereichern. Die Bildung der freien Gemeinschaften beruht auf dem ursprünglichen Freiheitsrecht, sich zu vereinigen, die Zugehörigkeit zu ihnen auf dem freien Entschluß der Mitglieder. ²⁾ Nicht alle natürlichen Gemeinschaften sind auch gleichermaßen naturnotwendige; es gibt natürliche Gemeinschaften, die naturgemäß aber nicht naturnotwendig sind. Zu den naturnotwendigen gehören die Familie und der Staat, denn die menschliche Natur ist ohne die ihrer würdigen Funktion von Ehe und Familie nicht lebensfähig. ³⁾ Der Staat ist für den Menschen die einzige Institution, die ihr den Gebrauch aller ihr gehörenden Personenrechte dauernd garantiert und mit dem Gebrauch anderer in Einklang bringt. ⁴⁾ Zu den nicht naturnotwendigen gesellschaftlichen Gliederungen gehören die territorialen Gemeinschaften, wie die Gemeinden und die funktionalen, ⁵⁾ wie die Berufsverbände. ⁶⁾ Die Vertreter der katholischen Sozial-

1) MESSNER, Das Naturrecht, S. 522.

2) RAUSCHER, Subsidiaritätsprinzip und berufsständische Ordnung in Quadregesimo Anno, S. 52; MESSNER, a. a. O., S. 552 f.

3) RAUSCHER, a. a. O.

4) RAUSCHER, a. a. O.; MESSNER, a. a. O.

5) RAUSCHER, a. a. O.

6) RAUSCHER, a. a. O., S. 120.

lehre haben es in eingehenden Untersuchungen unternommen, die berufsständische Ordnung als funktionale Gliederung in Parallele zu setzen mit der territorialen und beide aus der Natur des Menschen zu folgern. ⁷⁾ Die Berufsverbände gehören dagegen zu den freien Gemeinschaften, da ihre Gründung und Auflösung sowie die Mitgliedschaft in ihnen vom freien Entschluß der Angehörigen abhängt.

3. Was bedeutet dieses Ergebnis für unsere Ausgangsfrage, ob die Koalitionen in entsprechender Weise wie die Stände geeignet sind, öffentliche Aufgaben wahrzunehmen?

Man könnte erwägen, daß die natürlichen Gemeinschaften ein Monopol zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben haben. Das scheint Rauscher zu vertreten; er meint: "Wollte man die Ordnung der menschlichen Gesellschaft auf diese freien Vereinigungen gründen, so hieße das, den Ordnungsgedanken der Freiheit unterwerfen, während in Wahrheit Freiheit die Ordnung voraussetzt." ⁸⁾ Diese Ansicht ist schon deshalb unzutreffend, weil sich letztlich öffentliche und private Aufgaben nicht klar scheiden lassen. Messner definiert die öffentlichen Aufgaben als Aufgaben im öffentlichen Bereich, deren Ziel mit dem Leben und der Ordnung der Gemeinschaft sowie mit der Gestaltung des Gemeinwohls zusammenhängen. ⁹⁾ Daraus erhellt, daß jeder einzelne und jede Gemeinschaft öffentliche Aufgaben zu erfüllen hat, weil die Existenz des freiheitlich organisierten Staates von der Mitarbeit aller abhängt. ¹⁰⁾

Die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände könnten dann aber deshalb mit den Ständen nicht gleichzusetzen sein, weil die Mitgliedschaft in ihnen freiwillig ist. In der Gemeinde zum Beispiel gibt es keine Gemeindemitglieder sondern nur Gemeindeangehörige. Angehöriger ist jeder, der auf dem Gemeindeterrito-

7) GUNDLACH, Stand und Klasse, in: StdZ 117 (1929), S. 284; MESSNER, a. a. O., S. 512 ff.; DERS., Die berufsständische Ordnung; v. NELL-BREUNING, Um den berufsständischen Gedanken, in: StdZ 122 (1932), S. 36 ff.; DERS., Um die berufsständische Ordnung, in: StdZ 143 (1948), S. 6 ff. Vgl. dazu auch NAWIASKY, Allgemeine Staatslehre, Teil 2, Bd. 1, S. 195 ff., dort auch weitere Lit. S. 183 f.; DERS., Berufsständische Ordnung, in: StdZ 143 (1949), S. 254 ff.; DERS., Berufsständische Ordnung und Monopolismus, in: Ordo III (1950), S. 211 ff.; RAUSCHER, a. a. O., S. 115 ff.

8) RAUSCHER, a. a. O., S. 118; a. A. MESSNER, a. a. O., S. 552 f.

9) MESSNER, a. a. O., S. 553.

10) Im Ergebnis wie MESSNER, a. a. O.; vgl. dazu auch NAWIASKY, a. a. O., S. 175.

rium seinen Wohnsitz hat. In Analogie dazu müßte auch jeder Angehörige des Berufsstandes, der den betreffenden Beruf ausübt, ohne weiteres Zutun Mitglied seines Berufsverbandes sein. Diese Analogie ist aber unzutreffend, da für die Zugehörigkeit zum Berufsverband ein offenkundiger Anknüpfungspunkt wie der Wohnsitz im Gemeindegebiet fehlt. Deshalb kann für standische Organisationen nur die Pflicht bestehen, Mitglied zu sein: die automatische Zugehörigkeit ist wenig praktisch. ¹¹⁾ Messner meint sogar, auch eine Mitgliedschaftspflicht sei für ein modernes demokratisches Korporativsystem nicht wesentlich, "Anders als im Mittelalter würde es jedoch in viel höherem Grade der freien Entscheidung der einzelnen überlassen bleiben, ob sie einen mehr oder weniger großen Anteil an der Tätigkeit von Gewerkschaft oder Unternehmerorganisation nehmen und ihnen überhaupt als Mitglied beitreten wollen." ¹²⁾ Das Wahlrecht bei der Bestellung der führenden und leitenden Beamten der Gewerkschaften und Unternehmerverbände ist allerdings durch die Mitgliedschaft an diesen Organisationen bedingt. Unabhängig von der Mitgliedschaft sollen aber die von den Koalitionen vereinbarten Regelungen alle Berufsangehörigen treffen. Insoweit stellen wir also einen Unterschied zwischen der berufsständischen Organisation und der Koalition fest.

Als letztes ist noch zu erwägen, ob die Stellung des einzelnen, insbesondere des Arbeitnehmers, in der Koalition mit seiner Stellung in der standischen Gemeinschaft vergleichbar ist. Da die Stände Gemeinschaften im Rahmen der aufgezeigten Subsidiaritätsordnung sind, sind sie freiheitlich aufgebaut. Das heißt, innerhalb eines Standes wird die Eigenständigkeit der Persönlichkeit gewahrt. ¹³⁾ Nichts anderes ergibt sich für die Koalitionen. Je mehr die Gewerkschaften das marxistische Gedankengut angestreift haben, um so mehr ist ihre Organisation freiheitlich geworden. Im einzelnen müßte man die Struktur jedes Verbandes untersuchen. Das würde zu weit führen. Wie uns Furtwangler, ein guter Kenner des Gewerkschaftswesens, versichert, können wir davon ausgehen, daß die Organisation der Gewerkschaften im Grundsatz freiheitlich demokratisch ist. ¹⁴⁾ Zu der Stellung der Arbeitgeber in der Arbeitgeberorganisation ist kein Wort zu verlieren, da eine Entmachtung des einzelnen durch seinen Verband - wie wir gesehen haben - nur schwer denkbar ist.

Damit besteht im wesentlichen Erscheinungsbild zwischen Koalitionsorganisation und berufsständischer Ordnung Übereinstimmung. Mit dieser Erkenntnis können

11) Zum Beispiel die Pflichtzugehörigkeit zu den Industrie- und Handelskammern, vgl. dazu BVerfG, in: NJW 1963, S. 195.

12) MESSNER, a. a. O., S. 523.

13) MESSNER, a. a. O., S. 512 f.

14) FURTWÄNGLER, Die Gewerkschaften, S. 34, 97 ff.

wir als Schlußergebnis festhalten, daß die Koalitionen als Funktionsträger öffentlicher Aufgaben geeignet sind, und daß gegen die Funktionsteilung zwischen Staat und ihnen, wie sie im Tarifvertragsgesetz zum Ausdruck kommt, keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

Anzumerken ist aber - deshalb fiel das Wort Erscheinungsbild -, daß freilich die Gesellschaftskonzeption in der ständischen Ordnung und in der, die als liberale zu bezeichnen ist, verschieden ist. Die Gesellschaft ist nach der ersten Auffassung eine natürlich gegliederte Einheit, so wie es bei der Darlegung des Subsidiaritätsprinzips nach der katholischen Soziallehre gezeigt wurde. Nach der zweiten ist die Gesellschaft offen, ihre Gliederungen bestehen aus der Freiheit der einzelnen.

Dieser Unterschied ist für unsere Betrachtung jedoch nicht erheblich ¹⁵⁾ - auf die Ausführungen zum Subsidiaritätsprinzip nach der kritischen Philosophie kann verwiesen werden. Der Unterschied läßt unberührt, daß die Koalitionen Gemeinschaften im Sinn des Subsidiaritätsprinzips sind.

Dritter Unterabschnitt

Die Delegation an die Tarifvertragsparteien

§ 27

DIE RECHTSETZUNGSMACHT DER TARIFVERTRAGSPARTEIEN NACH DEM SUBSIDIARITÄTSPRINZIP

1. Wir haben zu Beginn der kritischen Würdigung der Tarifvertragstheorien den normativen Teil des Tarifvertrags als Gesetz im materiellen Sinn bestimmt, bei der Untersuchung bisher aber nicht behandelt, woraus die Rechtsetzungsbefugnis der Tarifparteien folgt. Diese Frage ist für die weitere Untersuchung, ob die Ausgestaltung der Funktionsteilung zwischen Staat und Koalitionen verfassungsrechtlich zulässig ist, von Bedeutung. Je nachdem, was Grundlage der Tarifmacht ist, können die Voraussetzungen dafür, daß den Verbänden das Geschäft, Tarifnormen zu setzen, belassen ist, verschieden sein. So wenig sich unmittelbar aus Art. 9 Absatz 3 GG die Möglichkeit irgendeiner Funktionsteilung zwischen Staat und Tarifvertragsparteien ergibt, so wenig läßt sich aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit die Rechtsetzungsbefugnis herleiten. Zu erwägen ist aber, ob nicht die Garantie der Eigenständigkeit, wie sie die Sub-

15) Im Ergebnis wie MESSNER, a. a. O., S. 512 ff.

sidiaritätsordnung verlangt, auch die Befugnis zur Rechtsetzung einschließt.

Wir können bei der folgenden Untersuchung unberücksichtigt lassen, daß die Tarifpartner keine Tarifgemeinschaft bilden, deren Eigenständigkeitsgarantie eine Rechtsetzungsbefugnis umfassen könnte, sondern zwei Parteien - die eine kann sogar eine Einzelperson sein -, die durch vertragliche Übereinkunft Recht setzen. Da wir die Frage der Rechtsetzungsbefugnis vom Subsidiaritätsprinzip aus angehen, sind wir nicht wie die Vertreter der genossenschaftlichen Rechtstheorie gehalten, unbedingt eine Gemeinschaft als Rechtsetzungskörperschaft zu verlangen. Wir brauchen nur an die Ausführungen zur berufsständischen Ordnung anzuknüpfen, um zu erkennen, daß nach der Subsidiaritätsordnung die Eigenständigkeit, die den gesellschaftlichen Einheiten garantiert ist, auch freie Übereinkünfte und Abreden zwischen den gesellschaftlichen Einheiten mitbegreift. Ob die Rechtsverbindlichkeit der Abkommen mit Hilfe der Konstruktion einer Tarifgemeinschaft wie es von Gierke getan hat oder über Vereinbarung in Analogie zur völkerrechtlichen Rechtsetzung erklärt wird, ist eine zweitrangige Frage.

Die Eigenständigkeitsgarantie einer Gemeinschaft bedeutet, wie oben ausgeführt, die Gewahrt subjektiver Grundrechte. Das heißt: wie es dem einzelnen zusteht, seine Angelegenheiten frei von staatlicher Einmischung in eigener Verantwortung zu erledigen, so wird auch den Gemeinschaften dieses Recht zu Teil. Heißt das aber darüberhinaus noch: jeder Gemeinschaft steht, um ihre Aufgaben zu erfüllen, auch wegen dieser Garantie Hoheitsgewalt zu? Doch nur dann, wenn eine Gemeinschaft ohne Hoheitsgewalt nicht denkbar wäre. ¹⁾ Nehmen wir als Beispiel einen Kegelklub! Warum sollte seiner Satzung und seinen Beschlüssen der Charakter objektiven Rechts zukommen? Er kann seine Aufgaben rechtsgeschäftlich mit den Mitteln des Privatrechts erfüllen. Zur Verwirklichung der Ordnung, die das Subsidiaritätsprinzip voraussetzt, ist also nicht erforderlich, daß jede gesellschaftliche Einheit in Analogie zum Staat über die drei Gewalten: Legislative, Exekutive und Rechtsprechung verfügt. ²⁾ Vielmehr muß gerade wegen des Primats der Freiheit gelten, daß den gesellschaftlichen Einheiten solange keine Hoheitsgewalt zusteht, als sie ihre Aufgaben auf freiwilliger Basis erfüllen können. Anders als beim Kegelklub ist es dagegen bei der Gemeinde! Bender hat in jüngster Zeit eingehend die Struktur der Gemeinde und ihre Stellung in der Gesellschaft untersucht. ³⁾ Sein Bemühen ist darauf gerichtet, aus der Natur der Gemeinde das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht als Naturrecht zu entwickeln. ⁴⁾ Hier

1) Vgl. zum Ansatzpunkt: G. und E. KÜCHENHOFF, Allgemeine Staatslehre, S. 46.

2) A. A.: HAMANN, Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, S. 21.

3) BENDER, Theorien der gemeindlichen Selbstverwaltung.

4) Die Frage, ob das Selbstverwaltungsrecht ein Naturrecht ist, ist sehr umstritten. Vgl. den Nachweis der einzelnen Meinungen bei BENDER, a. a. O., S. 134 ff. Anm. 31, 32, 33.

zeigt sich - diesen Gedanken wollen wir einschieben -, daß sich die Untersuchung, ob die Garantie der Subsidiaritätsordnung auch gleichzeitig die Gewähr der Rechtsetzungsbefugnis für die Tarifvertragsparteien einschließt, mit einer anderen darüber, ob die Rechtsetzungsbefugnis eine originäre, das heißt kraft Naturrecht dem Staat vorgegebene ist, deckt. Bender faßt sein Ergebnis folgendermaßen zusammen: "Wir haben erkannt, daß das Seiende Gemeinde ein real-geistiges Wesen darstellt, das durch räumliche Einheit, durch biotische Lebensgemeinschaft der in diesem Raum existierenden Lebewesen, durch Totalität des menschlichen Zusammenlebens, durch eigene Kultur und gefühlsmäßige Verbundenheit der einzelnen gekennzeichnet ist. Die Ordnungsstruktur, die sich hieraus ergibt, heißt: lebendige Ganzheit." ⁵⁾ Darin stimmt die Gemeinde mit dem Staat überein, dem sie bei näherem Zusehen wesensgleich erscheint. Die "Staatlichkeit" der Gemeinde macht folgende Überlegung deutlich: Wie der Staat aus Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt zusammengesetzt ist, hat die Gemeinde Gemeindegebiet, Gemeindevolk, Gemeindengewalt. Sie bleibt nur solange Gemeinde, als sie in den Staat eingegliedert ist. Denkt man sie ausgegliedert, erscheint sie als Stadtstaat. Deshalb wird man auch eher geneigt sein, die Frage, ob die Garantie der Gemeindeeigenständigkeit eine Rechtsetzungsbefugnis mit umfaßt, zu bejahen.

2. Fraglich erscheint, ob wir das für die Gemeinden gewonnene Ergebnis auf die Berufsverbände übertragen können. In der katholischen Sozialphilosophie spricht man zwar auch von einer "Staatlichkeit" der Berufsstände, scheint aber mit dieser Bezeichnung nur ausdrücken zu wollen, daß die Berufsverbände eigenständige Gemeinschaften sind, die wichtige Gemeinwohlaufgaben wahrnehmen. ⁶⁾ Ob die "Staatlichkeit" auch die eigene Rechtsetzungsgewalt einschließt, hat man nicht ausdrücklich entschieden.

Ein Vergleich mit fremden Rechtsordnungen zeigt, daß die Eigenständigkeit der Tarifvertragsparteien nicht zwingend eine Rechtsetzungsbefugnis umfaßt. Das Verfahren durch einen Vergleich mit fremden Rechtsordnungen die Natur einer Sache - hier die Natur der Vereinbarungen zwischen den Tarifvertragsparteien - zu erfassen, ist wenigstens ebenso berechtigt wie durch soziologische Untersuchungen. Man könnte sogar vertreten, daß dieses Verfahren berechtigter sei, da sich die verschiedenen Rechtsordnungen als Abbilder der allgemeinen Idee des Rechts begreifen lassen, und weil deren Vergleich einen besonders hohen Näherungswert zur Rechtsidee auswirft. In diesem Sinne hat Koschaker auf die Frage, warum in

5) BENDER, a. a. O., S. 73.

6) RAUSCHER, Subsidiaritätsprinzip und berufsständische Ordnung in Quadregesimo Anno, S. 126 ff. (129).

Deutschland die Rechtsvergleichung so wenig gelte, folgendes ausgeführt: "Diese Gleichgültigkeit gegenüber der vergleichenden Behandlung von rechtlichen Problemen geht auf die historische Schule zurück. Das wird begreiflich, wenn man bedenkt, daß die Rechtsvergleichung notwendig zur Anerkennung des Naturrechts in irgendeiner Form führt. Daher hat sie ihre Wurzeln in der naturrechtlichen Orientierung der Rechtswissenschaft." 7)

Von den westeuropäischen Industrieländern sind zwei zu nennen, in denen die von den Berufsvertretungen ausgehandelten Arbeitsbedingungen weder zwingend noch unmittelbar gelten. In Belgien 8) werden die Tarifverträge (*convention collective du travail*) in paritätisch mit Arbeiter- und Arbeitgebervertretern besetzten Ausschüssen ausgehandelt. Lediglich nach Bedürfnis können die Tarifabkommen durch königlichen Erlaß für verbindlich erklärt werden.

In Großbritannien 9) gibt es keine gesetzliche Regelung des Tarifvertrags und über die Wirkungen der Tarifverträge (*collective bargaining*) ist nirgend etwas

7) KOSCHAKER, Europa und das römische Recht, S. 147, Anm. 1; vgl. auch: DEL VECCHIO, Die Idee einer vergleichenden universalen Rechtswissenschaft, in: ArchRuWPhil 1914 (Sonderdruck); ähnlich SCHNITZER, Vergleichende Rechtslehre, Bd. 1, S. 118. Schnitzer spricht nicht von Rechtsvergleichung sondern von vergleichender Rechtslehre. Im Anschluß an die Definition seines Gegenstandes: "Die vergleichende Rechtslehre stellt Recht in Zeit und Raum einander gegenüber, indem sie Recht beschreibt, in seinem ursachlichen Zusammenhang untersucht und adäquate Lösungen für den jeweiligen Zustand anstrebt," weist er besonders darauf hin, daß er den Ausdruck vergleichende Rechtslehre in bewußter Anlehnung an den der allgemeinen Rechtslehre gewählt habe. Denn eine Lehre umfasse nicht nur die bloße Darstellung, sondern auch die Untersuchung der Ursache und Postulate.

8) CALOMIRIS, Der normative Teil des Tarifvertrages, S. 57; GEYSEN, Les contrats collectifs en droit belge, Auszug aus Revue de droit social et des tribunaux du travail; HORION, in: Vergl. Studie, S. 61 (67 ff.); S. 67; SPYROPOULOS, Le droit des conventions, S. 7, 14; STEINMANN-GOLDSCHMIDT, Gewerkschaften und Fragen des kollektiven Arbeitsrechts, S. 100.

9) H.-N., II. S. 939; KAHN-FREUND, Über einige charakteristische Grundsätze des britischen Arbeitsrechts, in RdA 1952, S. 361 ff.; SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen in der Praxis der Gesamtarbeitsverträge, in: ZBJV 1947, S. 204 ff.; STEINMANN-GOLDSCHMIDT, a.a.O., S. 26 ff.; GAYLER, Industrial Law, S. 171 ff.; zu den Gewerkschaften in England: VESTER, GARDNER, Trade Union.

gesagt. ¹⁰⁾ Es besteht aber eine allgemeine Übung dahin, daß die Bedingungen der Tarifverträge Inhalt der Arbeitsverträge werden, auch wenn die Arbeitgeber weder selbst Tarifpartei noch Mitglied einer Tarifpartei sind. ¹¹⁾ Dadurch werden die Normen des Tarifvertrags nicht zu zwingenden Normen. Man kann lediglich von einer Art praktischen Unabdingbarkeit sprechen. ¹²⁾ Man hat in England jedoch erkannt, daß die praktische Unabdingbarkeit nicht für jede Konjunkturlage genügt, um die Arbeiter zu schützen. In einer Konjunkturkrise der Baumwollweberei im Jahre 1934 wurde zum Beispiel folgende zeitgebundene Regelung getroffen: Nach dem Cotton Manufacturing Industry (Temporary Provisions) Act erklärte der Arbeitsminister auf Antrag der entsprechenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisation Tarifverträge für allgemein-verbindlich. ¹³⁾ Daneben kennt das englische Recht auch die Möglichkeit, durch Gesetz Arbeitsschutznormen ¹⁴⁾ aufzustellen. Außerdem kann der Staat mit Hilfe paritätischer Lohnausschüsse einen Mindestlohn festsetzen. ¹⁵⁾

Die Rechtsordnungen Belgiens und Großbritanniens beweisen, daß die Tarifvertragsparteien ihre Aufgabe, Arbeitsbedingungen auszuhandeln, auch ohne Hoheitsgewalt erfüllen können. ¹⁶⁾ Insbesondere das Beispiel England hat großen Beweiswert, da dieses Land das Ursprungsland der Arbeiterbewegung ist.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Eigenständigkeitsgarantie der Tarifvertragsparteien eine Rechtsetzungsbefugnis nicht notwendig einschließt. Damit ist noch nicht darüber entschieden, ob die Eigenständigkeitsgarantie die Gewähr der Rechtsetzungsbefugnis rechtfertigt.

-
- 10) Es ist bestritten, ob durch den Tarifvertrag überhaupt schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Tarifvertragsparteien entstehen. Nach einer Meinung liege nur ein gentleman agreement vor. Vgl. KAHN-FREUND, a. a. O., S. 204 f.; STEINMANN-GOLDSCHMIDT, a. a. O., S. 26 f.; a. A. GAYLER, Industrial Law, S. 172 (174), GAYLER, a. a. O., weist mit Recht darauf hin, daß jene Auffassung unter Berufung auf KAHN-FREUND (a. a. O.) vertreten werde. Dieser Punkt bedürfte noch eingehender Untersuchung.
- 11) GAYLER, a. a. O., S. 175.
- 12) KAHN-FREUND, a. a. O., S. 364.
- 13) Vgl. für ähnliche Fälle KAHN-FREUND, a. a. O., S. 36; zum Beispiel der Education Act aus dem Jahre 1944; GAYLER, a. a. O., S. 178.
- 14) Vgl. das Fabrikgesetz aus dem Jahre 1937, BIT SL 1937, Grand Bretagne 2, 1948, 6.
- 15) Wages Councils Act, BIT SL 1945, Grand Bretagne 1.
- 16) Vgl. dazu: SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen in der Praxis des Gesamtarbeitsvertrages, in: ZBJV 1947, S. 204; LUSSEER, Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht, S. 27; 3 ff. hat ausführlich zu begründen versucht, daß die zwingende Wirkung überhaupt überflüssig sei.

3. Da in der Eigenständigkeitsgarantie der Tarifvertragsparteien also nicht zugleich auch die Rechtsetzungsbefugnis einbegriffen ist, können wir weitergehend folgern, daß die Tarifvertragstheorien der Rechtsetzungsmacht kraft eigenen Rechts unzutreffend sind. Obwohl die Naturrechtsfrage - damit sind die Probleme der Existenz und der Erkennbarkeit des Naturrechts gemeint - nicht berührt wurde, haben die vorstehenden Untersuchungen erwiesen, daß die Tarifvertragsparteien kein naturrechtliches Rechtsetzungsrecht haben. Wie im Laufe dieses Paragraphen schon erwähnt, führt eine naturrechtliche Untersuchung auch zur Frage, ob zum Sein der Tarifvertragsparteien Rechtsetzungsbefugnis gehört. Diese Frage ist mit nein zu beantworten. Zur Begründung können wir uns auf die vorstehenden Überlegungen beziehen.

Damit bleibt uns erspart, zu erörtern, wie sich das viel beschworene Rechtsetzungsmonopol des modernen Staates mit einem dem Staat vorgegebenen Naturrecht verträgt.

Aber auch die Tarifvertragstheorie, die auf der genossenschaftlichen Rechtstheorie aufbaut, ist unzutreffend. Es hat sich keineswegs gezeigt, daß die erklärte Überzeugung jeder Gemeinschaft objektives Recht sein muß. Die Rechtsetzungsbefugnis ist kein Wesensmerkmal der Gemeinschaft. Eine rechtshistorische Betrachtung kann zwar erweisen, daß die eine oder andere Gemeinschaft - wie die Gemeinde - in deutschem Recht immer Rechtsetzungsbefugnis besessen hat. Diese Erkenntnis zwingt aber nicht dazu, jeder Gemeinschaft Rechtsetzungsbefugnis zuzuschreiben.¹⁷⁾

§ 28

DIE DELEGIERTE RECHTSETZUNGSMACHT

1. Da die Rechtsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien, wie im letzten Paragraphen festgestellt, weder ein eigenes Recht ist noch aus der Verfassung folgt, kann sie nur eine vom Staat abgeleitete Befugnis sein. Dagegen wenden sich nur diejenigen, welche die Tätigkeit der Tarifvertragsparteien in den staatsfreien Raum verlegen und die Rechtsetzungsmacht als eine überlassene Befugnis ansehen.¹⁾ Mit dieser Meinung und dem Begriff der Delegation haben wir uns in diesem Paragraphen zu beschäftigen.

17) Diese Ansicht ist herrschend; vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, § 108 II gegen LEHMANN, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 423.

1) Vgl. oben § 15.

Vergleichsweise - um die Besonderheit des staatsfreien Raumes und der überlassenen Hoheitsgewalt zu erhellen - führe ich im folgenden an, wie Maunz und Dürig die Stellung der Kirche im Staat begreifen: "Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen ist mit dem der in den Staat inkorporierten Gemeinden und sonstigen Personen des öffentlichen Rechts nicht zu vergleichen. Hier wird, von Ausnahmen abgesehen, nicht Hoheitsgewalt "übertragen", sondern aus Grundrechtsgründen den Kirchen originäre Gewalt "überlassen" und "deklaratorisch" anerkannt.²⁾ An anderer Stelle heißt es, die Kirchen hätten einen staatsfreien Raum, in ähnlicher Weise wie er dem einzelnen durch Art. 2 Absatz 1 GG gewährleistet sei.³⁾ Zu den im Zitat erwähnten Ausnahmen, in denen die Kirchen übertragene Hoheitsgewalt ausüben, rechnet man im allgemeinen das kirchliche Steuerrecht und das Friedhofsrecht.⁴⁾ Dagegen ist nach Dürig die Tätigkeit der Kirchen, die sich im "überlassenen, staatsfreien Raum" vollzieht, gleichwertig mit der eines Vereins innerhalb der Vereinsautonomie.⁵⁾

2. Zwei Dinge werden in der Konstruktion des staatsfreien Raumes und der Lehre von der "überlassenen" Befugnis nicht scharf genug auseinandergehalten: die Garantie der Eigenständigkeit, wie sie aus der Subsidiaritätsordnung folgt, und die Befugnis, hoheitlich handeln zu können. Das zeigt sich deutlich bei den Äußerungen von Maunz und Dürig zur Stellung der Kirchen. Die überlassene Hoheitsgewalt entpuppt sich am Ende als identisch mit der Vereinsautonomie oder der Freiheitsgarantie für den einzelnen. Weder die Vereinsautonomie noch die Freiheitsgarantie des einzelnen schließt aber irgendeine Hoheitsgewalt ein, und ob die Freiheitsrechte bestehen, weil das Grundgesetz sie gewährt oder auch unabhängig davon als dem Staat vorgegebene Rechte, interessiert uns hier nicht.

Wenn die Rechtsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht aus eigenem Recht folgt, dann muß sie aus fremdem Recht fließen. Ein solches Recht kann aber nur das Recht des Staates sein, aus dem heraus die Rechtsetzungsmacht durch irgendeinen Akt auf die Tarifvertragsparteien gelangen muß. Wie man diesen Akt juristisch einordnet, ist weitgehend Geschmacksfrage. Sowohl die Begriffe "Übertragung" als auch "Überlassung" rufen bestimmte Vorstellungen aus dem bürgerlichen Recht hervor, die besser zu vermeiden sind. Man spricht von der Übertragung eines Rechts und meint damit den Übergang der Zuständigkeit des Rechts von einem auf den anderen (vgl. § 398 BGB; Abtretung einer Forderung).⁶⁾

2) M. -D., (MAUNZ), Anm. 32, Fußnote 3 zu Art. 80 GG.

3) M. -D., (DÜRIG), Anm. 39, Fußnote 1 (Seite 25) zu Art. 19 Abs. 3 GG.

4) M. -D., (DÜRIG), Anm. 20 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

5) M. -D., (DÜRIG), Anm. 114 zu Art. 1 Abs. 3 GG.

6) Vgl.: HAMANN, Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, S. 50 ff.

Man spricht von der Überlassung eines Rechts dann, wenn einem anderen die Befugnis eingeräumt wird, die Glaubigerstellung eines unübertragbaren Rechts auszuüben. Die Überlassung des Rechts führt dabei nicht zu einer Änderung der Inhaberschaft. (vgl. für den Nießbrauch; § 1059 Satz 2 BGB). Der Begriff Delegation ist dagegen nach seiner Bedeutung - delegare heißt "beauftragen", "jemand etwas zuweisen" - als neutraler Begriff zum Oberbegriff bestimmt. ⁷⁾ Nach Triepel bedeutet Delegation den "Rechtsakt, durch den der Inhaber einer staatlichen oder gemeindlichen Zuständigkeit, also der Staat, die Gemeinde selbst oder eines der Staats-, der Gemeindeorgane seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt." ⁸⁾

Solche Überlegungen haben die Verfechter der Überlassungstheorie nicht angestellt. Im Gegenteil! Hätten sie mit dem Begriff der Überlassung die Vorstellung verbunden, daß die Zuständigkeit der Rechtsbefugnis beim Staat verbliebe, hätten sie gerade nicht von einer überlassenen Befugnis gesprochen. Denn die Konstruktion des staatsfreien Raumes und der überlassenen Rechtsetzungsmacht entspricht der Befürchtung, die delegierte Rechtsetzungsmacht könne zum Danaergeschenk werden; dann nämlich, wenn der Staat, weil er ein Teil seiner Befugnis abgegeben hat, auch ein umfängliches Aufsichtsrecht beanspruchte! Diese Überlegungen verdienen es nicht, leichthin beiseite geschoben zu werden. Nur dürfen sie nicht dazu dienen, das Faktum Rechtssetzungsdelegation durch pseudonaturrechtliche Begriffe zu verbramen. Wenn wir uns mit dem möglichen Umfang der Staatsaufsicht über die Tarifvertragsparteien beschäftigen, werden wir im übrigen sehen, daß die Vertreter der Lehre von der überlassenen Rechtsetzungsbefugnis zu Unrecht mit der Delegation ein besonderes Aufsichtsrecht des Staats verbunden sehen.

3. Woraus ergibt sich die Delegation zur Rechtsetzung an die Tarifvertragsparteien? Da sie nicht aus der Verfassung folgt, kann sie nur im Tarifvertragsgesetz selbst enthalten sein. Hierin ist allerdings nicht ausdrücklich bestimmt, daß der Gesetzgeber durch dieses Gesetz, die Tarifvertragsparteien mit der Aufgabe,

7) Vgl. dazu: FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, S. 395; HAMANN, a. a. O.; EYRICH, Die Eigenart der modernen Regelung des Tarifvertrages, S. 28 ff.; OBERMAYER, Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden, in: JZ 1956, S. 625 ff.; KLEIN, Verordnungsmächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 7 ff. nimmt "Übertragung" als Oberbegriff; kritisch hierzu HAMANN, a. a. O.; vgl. auch KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 332.

8) TRIEPEL, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, S. 23.

rechtverbindliche Arbeitsbedingungen zu setzen, betraue. Die §§ 1 Absatz 1, 2, 3, 4 TVG sind aber Ausdruck dafür, daß der Gesetzgeber das wollte.⁹⁾ Dabei ist weniger entscheidend, daß der Gesetzgeber die Tarifnormen als Rechtsnormen bezeichnet hat als vielmehr, daß er ihnen in § 4 TVG die Wirkungen beilegte, aus den wir auf den Gesetzescharakter der Tarifnormen schlossen. Da diese Delegation nicht an bestimmte Subjekte gerichtet ist, sondern an die Tarifvertragsparteien schlechthin, kann man sie mit Huber als eine "offene" Delegation bezeichnen.¹⁰⁾

§ 29

DIE VERFASSUNGSRECHTLICHE MÖGLICHKEIT DER DELEGATION

1. Das Tarifvertragsgesetz enthält eine Rechtsetzungsdelegation an die Tarifvertragsparteien; das ist das Ergebnis des letzten Paragraphen. Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob diese Delegation verfassungsrechtlich zulässig ist. Dieser Frage wollen wir uns jetzt zuwenden und dabei als erstes in diesem Paragraphen die verfassungsrechtliche Möglichkeit der Delegation untersuchen.

Im Grundgesetz ist ausdrücklich von der Rechtsetzungsdelegation nur in Art. 80 die Rede: "Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen." (Art. 80 Absatz 1 Satz 1). Die Delegation des Tarifvertragsgesetzes fällt nicht unter Art. 80. Entscheidend ist dafür nicht, daß die Tarifvertragsparteien nicht zu dem dort genannten Personenkreis gehören, denn es wäre denkbar, daß der Gesetzgeber entgegen Art. 80 irgendeine andere Person mit dem Erlaß einer Rechtsverordnung betraut. Entscheidend ist vielmehr, daß die Delegation an die Tarifvertragsparteien keine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen bedeutet.

Rechtsverordnungen heißen die Vorschriften, die von Organen der Exekutive an Stelle des gesetzgebenden Organs erlassen werden.¹⁾ Das Gegenstück zu den

9) HUBER, II., S. 431 ff.; H.-N., II., S. 262 und die anderen schon (oben § 13) zitierten Vertreter der Delegationstheorie.

10) HUBER, a. a. O., S. 433.

1) NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre, S. 73 f.; M.-D., Anm. 1 ff. zu Art. 80 GG; KLEIN, Verordnungsermächtigung nach deutschem Verfassungsrecht, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 28 f.; JACOBI, Rechtsverordnung, in: Handbuch des deutschen Staats-

Rechtsverordnungen bilden diejenigen Vorschriften, die ebenfalls nicht vom Parlament aber auch nicht von einem Organ der Exekutive sondern von einem Verband erlassen werden: die Satzungen. ²⁾ Zwischen der Delegation zum Erlaß von Rechtsverordnungen und zum Erlaß von Satzungen besteht begrifflich kein Unterschied. ³⁾ Man könnte meinen, die Exekutive, die Rechtsverordnungen erläßt, übt ein fremdes Recht im eigenen Namen aus; eine satzungserlassende Körperschaft dagegen gebraucht ein ihr übertragenes eigenes Recht. Zur Begründung ließe sich auf Art. 80 Absatz 1 Satz 1 GG verweisen, in dem ja von ermächtigen die Rede ist; als Ermachtigten bezeichnet man in der zivilrechtlichen Terminologie denjenigen, der im eigenen Namen ein fremdes Recht ausübt. ⁴⁾ Eine solche Unterscheidung überzeugt indes wenig. Einmal ist es fraglich, ob der Begriff "Ermächtigung" bewußt in Anlehnung an das Zivilrecht gewählt ist. Zum anderen wäre das eine rein formale Abgrenzung, die den materiellen Hauptunterschied zwischen Rechtsverordnung und Satzung verdeckt läßt. Wesentliches Kriterium und verfassungsrechtlich relevant ist allein, von wem die jeweilige Vorschrift erlassen wird. ⁵⁾ Eine Satzung bedeutet - gleichgültig, ob es sich um eine Satzung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft mit Gesetzeskraft oder um eine Vereinssatzung handelt - die Summe der Regeln, die nach dem Anspruch einer Gemeinschaft oder eines für sie handelnden parlamentarischen Organs das äußere Verhalten der Mitglieder verbindlich bestimmen soll. Die rechtsverbindliche Satzung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft hat allerdings im Gegensatz zur Vereinssatzung Gesetzescharakter. ⁶⁾ Eine Rechtsverordnung dagegen ist gerade nicht Anspruch einer Gemeinschaft oder des Gemeinschaftsparlaments sondern Anordnung eines einzelnen, der als Exekutivorgan der Gemeinschaft tätig ist. ⁷⁾

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 160:

rechts, Bd. II, S. 236 ff.; HAMANN, Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, S. 63; vgl. auch Bernhard WOLFF, Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, in: AöR Bd. 78, S. 194 ff.

- 2) NAWIASKY, a. a. O., S. 77 ff.; M. -D., Anm. 31 a. a. O.; KLEIN, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, a. a. O., S. 109 ff.; Hans SCHNEIDER, Die öffentlich-rechtliche Alterssicherung freier Berufe, S. 66.
- 3) Vgl.: HAMANN, a. a. O., S. 42 ff.
- 4) LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, S. 334.
- 5) M. -D., Anm. 31, a. a. O.; KLEIN, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, a. a. O., S. 110.
- 6) M. -D., a. a. O.
- 7) a. A. HAMANN, a. a. O., S. 39 ff.; er verweist darauf, daß durch die Länderverfassungen vielfach den demokratisch gewählten Kollegien der Erlaß von Polizeiverordnungen übertragen werde. Deshalb verneint er die Unterscheidbarkeit zwischen Satzung und Rechtsverordnung. Dieser Schluß ist

Die Vereinbarung eines Tarifvertrags könnte dem Erlaß einer Satzung gleichstehen. Die Tarifvertragsparteien sind keine Organe der staatlichen Exekutive. So wenig sie zu der Zeit, als der Tarifvertrag noch nicht Gesetzeskraft hatte, vom Staat bekämpft als Exekutive tätig wurden, so wenig sind sie heute Exekutivorgane deshalb, weil dem Tarifvertrag Gesetzeskraft verliehen ist. Weil die Tarifvertragsparteien keine Exekutivorgane sind, können die Tarifverträge auch nicht Rechtsverordnungen sein. Hier zeigt sich deutlich, daß der Ansatzpunkt der Theorie Dechants unzutreffend ist.

2. Ist die Satzungsdelegation verfassungsrechtlich zulässig? Dieser Frage wollen wir zuerst nachgehen, um aus der Antwort auf die Möglichkeit einer Rechtsetzungsdelegation an die Tarifparteien schließen zu können.

Ausdrücklich ist die Delegation zum Erlaß von Satzungen in der Verfassung nicht erwähnt. Gegen ihre Zulässigkeit könnte ein *argumentum e contrario* aus Art. 80 GG sprechen:⁸⁾ Wenn der Gesetzgeber nur einen bestimmten Fall der Gesetzesdelegation aus dem Kreis der denkbaren, nämlich die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen, in die Verfassung aufgenommen hat, dann könnten alle anderen Fälle ausgeschlossen sein. Dieser Gedankengang liegt nahe, weil der Verfassungsgeber die Gesetzgebung durch Rechtsverordnungen als Ausnahme gesehen und - durch die Erfahrungen aus der Weimarer Zeit belehrt -, um eine Entmachtung des Parlaments zu verhindern, nur in beschränktem Umfang zugelassen hat. (Art. 80 Absatz 1 Satz 2 GG).

Diese Argumentation wird aber übereinstimmend abgelehnt. Zur Begründung geht man auf die Verschiedenheit von Satzung und Rechtsverordnung zurück: Da die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen der Exekutive Rechtsetzungsmacht verleiht, bedeutet sie gleichzeitig eine Durchbrechung des Prinzips der Gewaltenteilung. Will man aber die Funktionsfähigkeit des Parlamentes nicht dadurch lähmen, daß man auch die Möglichkeit ausschließt, wenigstens Detailfragen - zum Beispiel die technischen Einzelheiten über die Zulassung eines Kraftfahrzeugs - durch den zuständigen Minister regeln zu lassen, muß man auch Rechtsverordnungen zulassen. Sie sind also notwendiges Übel⁹⁾ und die Ermäch-

Fortsetzung der Fußnote 7) von Seite 161:

unzutreffend; eher wäre es gerechtfertigt, die von einer Körperschaft erlassene Verordnung als Satzung anzusehen. Vgl. dazu auch M.-D., Anm. 32, Fußnote 1, a. a. O.

8) Zu Art. 80 vgl. KLEIN, Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, a. a. O., S. 28 ff.; M.-D., Anm. 1 ff.; a. a. O.; HAMANN, a. a. O., S. 32 ff., 47 ff., 76 ff.

9) M.-D., Anm. 31, a. a. O.

tigungsmöglichkeit ist demgemäß eng zu fassen.

Für die Delegation zum Erlass von Satzungen gelten diese Überlegungen nicht, weil nicht ein Exekutivorgan Rechtsetzungsmacht erhält. Deshalb ist auf diese Delegation Art. 30 GG auch nicht entsprechend anzuwenden.¹⁰⁾ Solange man an dem in diesem Paragraphen wiedergegebenen Satzungsbegriff festhält, ist die Delegation zum Erlass von rechtsverbindlichen Satzungen auch keine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips; vielmehr wird die Gesetzgebung nur auf eine andere legislative Institution verlagert. In den Satzungen, erlassen vom "Parlament" des korporativ organisierten Verbandes, findet sich, um mit Rousseau zu sprechen, der Wille der Mitglieder in entsprechender Weise wieder wie in den vom Bundestag erlassenen Gesetzen. Deshalb ist die Ermächtigung zum Erlass von Satzungen auch kein Übel wie die notwendigen Delegationen zu Rechtsverordnungen. Im Gegenteil, nach dem Postulat der vertikalen Gewaltenteilung, wie es sich aus der Subsidiaritätsordnung ergibt, sind alle Korporationen mit Satzungsgewalt begrüßenswerte Institutionen.¹¹⁾

Als Ergebnis können wir deshalb festhalten, daß von der Verfassung her grundsätzlich keine Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Delegation zum Erlass von Satzungen bestehen.¹²⁾

3. In der staats- und verwaltungsrechtlichen Literatur erscheint die Satzungsgewalt in aller Regel nur als eine Befugnis, die juristischen Personen des öffentlichen Rechts zusteht.¹³⁾ Damit kann dreierlei gemeint sein: Erstens, die Recht-

10) IPSEN, Rechtsfragen berufsständischer Zwangsversorgung, S. 41; SCHEUNER, Berufsständische Versorgungseinrichtungen und Grundgesetz, S. 15; HAMANN, a. a. O., S. 76; M. -D., Anm. 31 und insbes. 34 a. a. O.

11) M. -D., a. a. O.; Hans SCHNEIDER, a. a. O.

12) HAAS, a. a. O., (Vgl. Anm. S. 157); IPSEN, a. a. O.; HAU EISEN, Öffentlich-rechtliche Vorfragen im Zivilprozeß, in: NJW 1953, S. 122; M. -D., Anm. 31 ff., a. a. O.; KLEIN, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, S. 110 ff.; SCHEUNER, a. a. O.; SCHNEIDER, a. a. O.; PETERS, Satzungsgewalt, S. 271 ff.; DERS., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 79.

13) FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, S. 420 ff.; HAMANN, Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, S. 34 ff.; Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, S. 123; KLEIN, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 109 ff.; MAUNZ, Rechtsgutachten zur Frage, ob Tarifverträge den Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau unterworfen sind, S. 7; PETERS, Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, S. 265.

setzung durch Personen des Privatrechts ist keine Gesetzgebung im materiellen Sinn; diesen Standpunkt haben wir oben bereits als unzutreffend erkannt. ¹⁴⁾ Zweitens, eine Delegation an Personen des Privatrechts ist unzulässig; mit dieser Ansicht müssen wir uns auseinandersetzen. Drittens, durch die Delegation wird jede Person des Privatrechts zu einer öffentlich-rechtlichen, ¹⁵⁾ auch mit dieser Meinung haben wir uns zu beschäftigen.

a) Sieht man von der Rechtsetzungsdelegation ab, so sind die Tarifvertragsparteien Subjekte des Privatrechts, die Gewerkschaften in aller Regel nicht rechtsfähige Vereine. Dieser Status hat sich weder durch die besondere Stellung, welche die Tarifpartner in der Industriegesellschaft einnehmen noch durch die Rechtsetzungsdelegation an sie geändert. Die Berufsverbände sind nicht, wie Kaskel und Kandeler meinen, ¹⁶⁾ Körperschaften des öffentlichen Rechts geworden. ¹⁷⁾ In formeller Hinsicht fehlt es an einem Staatsakt, der zur Entstehung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erforderlich ist. ¹⁸⁾ Will man jedoch der Meinung folgen, nach der ein Verband unter besonderen Umständen in den Status einer Körperschaft hineinwachsen kann, ¹⁹⁾ dann hat man hinsichtlich der Tarifvertragsparteien folgendes zu überlegen: Nach allgemeiner Meinung versteht man unter Körperschaften des öffentlichen Rechts mitgliederschäftlich organisierte, rechtsfähige Verbände öffentlichen Rechts, welche staat-

14) Vgl.: § 17, 2a.

15) In diesem Sinn könnte man PETERS, a. a. O., S. 265, verstehen: Die autonome Satzungsgewalt ist "beschränkt auf öffentlich-rechtliche Verbände; denn schon aus der Tatsache, daß ein Verband die Rechtsetzungsbe fugnis besitzt, folgt eine Überordnung über Individuen, wie sie für das öffentliche Recht kennzeichnend ist."

16) Vgl. oben § 11, 2.

17) Das ist die heute herrschende Meinung, vgl. H.-N., II., S. 143 f.; HUBER, II, S. 376 ff.; NIKISCH, II., S. 14 ff.; eingehend JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 391 ff.; HUBER, a. a. O., bezeichnet die Tarifvertragsparteien als "beliebene Verbände." Das hat jedoch nur systematische Bedeutung: als Unterscheidungsmerkmal von gewöhnlichen Verbänden des Privatrechts.

18) FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, S. 431; a. A. Otto von GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 19.

19) Otto von GIERKE, a. a. O.; vgl. dazu auch die zusammenfassende Darstellung bei EYRICH. Die Eigenart der modernen Regelung des Tarifvertrages, S. 17 ff.

liche Aufgaben mit hoheitlichen Mitteln und unter staatlicher Aufsicht wahrnehmen.²⁰⁾ Entweder man behält diesen übernommenen Körperschaftsbegriff bei, dann können die Tarifvertragsparteien keine Körperschaften des öffentlichen Rechts sein; Der Gewerkschaft und dem Arbeitgeberverband getrennt kann dieser Status nicht zukommen, da jeder Verband allein seine Aufgaben nicht mit hoheitlichen Mitteln erfüllt; den Tarifvertragsparteien zusammen nicht, da sie kein Verband sind. Oder man löst den Körperschaftsbegriff auf und faßt ihn so, daß auch die Tarifvertragsparteien darunter fallen können. Dann würde er seine selbständige Bedeutung für besondere juristische Personen des öffentlichen Rechts und seine fest umrissene Stellung im Verwaltungsrecht verlieren.

Unabhängig von dieser Überlegung, sollte man, bevor man den Begriff der Körperschaft überdehnt, zunächst fragen, aus welchem Grund man sich bemüht, für die Tarifvertragsparteien den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zu konstruieren. Nur ein Ergebnisdenkmal kann die Ursache gewesen sein; sei es, daß man annahm, Rechtsetzungsmacht könne nur an juristische Personen des öffentlichen Rechts delegiert werden, sei es, daß man damit die Tarifpartner an den Staat fesseln wollte, in dem man auf diese Weise ausdrücken wollte, daß eine Staatsaufsicht angebracht sei. Zum ersten ist zu sagen; zunächst ist der Nachweis, daß eine Delegation zur Rechtsetzung an Private unzulässig ist, erst zu erbringen. Zum zweiten: Nicht weil eine Staatsaufsicht wünschenswert wäre, kann man die Tarifvertragsparteien zur Körperschaft deklarieren, bestenfalls könnte man argumentieren, aus der Tatsache, daß ein Verband der Staatsaufsicht unterliegt, folgt sein Status als Körperschaft. Bislang sind die Koalitionen frei von Staatsaufsicht. Näheres zu dieser Frage werden wir in einem folgenden Paragraphen erörtern.

b) Sind nach diesen Überlegungen die Tarifvertragsparteien Personen des Privatrechts, dann ist zu fragen, ob an sie eine Delegation zur Rechtsetzung und zwar einer Rechtsetzung im Vertragswege nach der Verfassung möglich ist. Diese Frage ist mit Hilfe des Subsidiaritätsprinzips zu beantworten. Nach der Subsidiaritätsordnung ist es dem Staat gerade zur Auflage gemacht, die Eigenständigkeit der gesellschaftlichen Einheiten zu respektieren und ihnen, soweit notwendig, Hilfe zu geben, ihre Aufgaben zu erfüllen. Eine solche Hilfe kann in der Verleihung von Rechtsetzungsmacht bestehen. Durch eine Delegation von Hoheitsgewalt folgt der Staat dem Postulat nach vertikaler Gewaltenteilung. Begründet man die generelle Zulässigkeit der Satzungsdelegation, wie wir es getan haben, aus der dem Grundgesetz zugrundeliegenden Subsidiaritätsordnung, so gewinnt man da-

20) FORSTHOFF, a. a. O., S. 431; vgl. auch: MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 454, 587; HATSCHEK, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, S. 359 ff.; Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, S. 166; HUBER, II., S. 378.

durch auch gleichzeitig die Möglichkeit in vielen speziellen Fällen eine Delegation für zulässig zu erachten; in Fällen, in denen die herrschende Meinung sich mit einer Rechtfertigung schwertut. Nach der Subsidiaritätsordnung sind Verbände des Privatrechts in gleicher Weise wie Verbände des öffentlichen Rechts geeignet, Träger von Hoheitsgewalt zu sein. Ihre Eigen- und Selbständigkeit im Staatsgefüge ist ihnen ohnedies verfassungsrechtlich garantiert. Die Delegation von Hoheitsgewalt bedeutet dann nur mehr die rechtliche Vervollkommenung für die tatsächliche Machtposition. Deshalb sind die Befürchtungen Jacobis, die Delegation von Hoheitsgewalt an Private führe zu einer unheilvollen Zersplitterung der Staatsgewalt, unbegründet.²¹⁾ Nicht in der Delegation als solcher sondern in der Verbandsmacht schlechthin, die auch ohne Hoheitsgewalt bestehen kann, liegt die Gefahr für die staatliche Ordnung. Die Frage, inwieweit die Macht eines Verbandes staatsgefährdend sein kann, haben wir im Rahmen der Untersuchung zum Subsidiaritätsprinzip bereits beantwortet.

Nach der Subsidiaritätsordnung bestehen keine Bedenken dagegen, daß die Hoheitsgewalt jeweils zwei Verbänden oder einem Verband und einem einzelnen zur gemeinsamen Ausübung übertragen ist. Und keine Bedenken bestehen, daß die Delegation zur Rechtsetzung im Vertragswege erfolgt.²²⁾

21) Vgl.: § 8, 1c. Die Doppelspurigkeit von sozialer Macht und juristisch einordenbarer Macht (Gesetzgebung!) kommt in folgendem Zitat noch Hans HUBER, Staat und Verbände, S. 10 gut zum Ausdruck: "Wir Juristen nehmen Zuflucht zum staatsrechtlichen Begriff der Delegation, um diese nichtstaatliche Rechtsetzung" - er meint die Rechtsetzung der Verbände - "zu erklären, vor allem aber, um mit dem Gegenbegriff der Delegationsüberschreitung die Einheit der Rechtsordnung notdürftig zu wahren. Der Soziologe hingegen wird den riesenhaften Aufbau von Machtstellung der Verbände, die sich auch in der Rechtsetzung betätigen, eher als eine Pleonexie deuten, denn als Ermächtigung durch den Staat, wenn es auch im Hinblick auf die Wohltaten des Tarifvertrages unbillig klingen mag, dieses Emporwachsen der Verbände und Eindringen in die Rechtsordnung als eine Mischung von Eigenmacht, Herrschaftsdrang und Oberhandgewinnen hinzustellen."

22) NAWIASKY, a. a. O., S. 79 ff., S. 80: "man könnte die Gesamtvereinbarungen geradezu als eine Abart der autonomen Satzungen auffassen. . ."; vgl. auch die § 13 zitierten Vertreter der Delegationstheorie und die Vertreter der genossenschaftlichen Rechtstheorie (§ 10).

§ 30

DIE KOMPETENZ DES DELEGANTEN UND DIE DEMOKRATISCHE STRUKTUR DES DELEGATARS ALS ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN FÜR DIE DELEGATION

1. Die verfassungsrechtliche Möglichkeit einer Delegation zur Rechtsetzung besagt noch nichts darüber, wann im Einzelfall eine Delegation zulässig ist. Da Delegation Kompetenzverschiebung bedeutet, ist erste Zulässigkeitsbedingung, daß der Delegant selbst die Kompetenz besitzt, die er verschiebt. Dem Bund - das Tarifvertragsgesetz ist durch Gesetz vom 11. Januar 1952 ¹⁾ auf das ganze Bundesgebiet erstreckt - steht nach Art. 74 Nr. 12 GG die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zu.

2. Als zweites ist für eine zulässige Delegation zur Rechtsetzung erforderlich, daß die Rechtsetzung nach freiheitlich demokratischen Grundsätzen erfolgt. Diese Erforderlichkeit ergibt sich zwingend aus den Überlegungen zur verfassungsrechtlichen Möglichkeit der Delegation. Eine Rechtssetzungsdelegation ist nur dann keine Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes, wenn das Recht durch ein anderes vom Parlament wesensgemäß nicht verschiedenes legislatives Organ gesetzt wird. Das kann aber nur ein von den Betroffenen nach demokratischen Grundsätzen gewähltes und nach freiheitlich demokratischen Grundsätzen arbeitendes Organ sein. Auf die Rechtsetzung durch Tarifvertrag angewandt bedeutet das folgendes: da sie im Vertragswege erfolgt, wobei für jede Seite jeweils ein oder mehrere Vertreter der beteiligten Verbände auftreten, kommt es bei dieser Art von Rechtsetzung nur darauf an, ob die vorhergegangene verbandsinterne Willensbildung insbesondere die Wahl des Vorstandes, der mit der Gegenseite der Verhandlungen führt, nach demokratischen Grundsätzen erfolgt ist. ²⁾ Im einzelnen wird man, ob ein Verband nach demokratischen Grundsätzen arbeitet, nicht sklavisch danach beurteilen, inwieweit die Organisation des Verbandes ein Abbild eines demokratischen Staates ist. Es kommt allein darauf an, ob die Mitglieder an der Willensbildung, die zur Rechtsetzung führt, insofern beteiligt sind, als sie ihre Meinung äußern und ihre Ansicht durch eine Abstimmung für den Vorstand bindend Ausdruck verleihen konnten.

Wenn der Staat einem bestimmten Verband Rechtsetzungsgewalt delegieren will, so hat er es in der Hand, die Delegation von der Einrichtung des Verbandes nach demokratischen Grundsätzen abhängig zu machen. Die Delegation an die Tarif-

1) BGBl. Teil I, S. 19.

2) RAMM, Die Freiheit der Willensbildung, S. 118.

vertragsparteien ist aber eine offene Delegation, das heißt, von vorneherein ist gar nicht abzusehen, wer jeweils in den Genuß der Rechtsetzungsmacht kommen wird. Deshalb ist es gerechtfertigt, die Erforderlichkeit der demokratischen Verfassung in die Tariffähigkeit zu implizieren.³⁾ Damit wird erreicht, nur die Tarifnormen haben Gesetzeskraft, die von Verbänden gesetzt werden, die im beschriebenen Sinn eine demokratische Verfassung haben.

§ 31

STAATSAUFSICHT UND DELEGATION

1. Als weitere Zulässigkeitsbedingung für eine Delegation konnte die Staatsaufsicht über den Delegatar erforderlich sein. Nach allgemeiner Meinung im Staatsrecht gilt der Satz: Delegation von Hoheitsgewalt bedingt Staatsaufsicht.¹⁾ Dabei versteht man unter Staatsaufsicht Fach- oder wenigstens Rechtsaufsicht, wie sie über Gemeinden hinsichtlich der übertragenen oder der Selbstverwaltungsangelegenheiten besteht.

a) Aus dem Tarifvertragsgesetz ergibt sich kein Aufsichtsrecht des Staates über die Tarifvertragsparteien; die Tarifverträge erlangen Rechtswirksamkeit ohne staatliche Genehmigung - die Registrierung der Tarifverträge nach § 6 TVG hat nur deklaratorische Bedeutung - und auch auf die vorausgehenden Verhandlungen hat der Staat keinerlei Einfluß.

b) Nach § 43 Absatz 1 BGB kann einem Verein die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet. Diese Bestimmung eröffnet zwar keine Handhabe gegen die nicht rechtsfähigen Gewerkschaften, wohl aber gegen die Arbeitgeberverbände. Allerdings konnte dadurch, daß einem Arbeitgeberverband die Rechtsfähigkeit entzogen

3) Ähnlich NIPPERDEY (H.-N., II., S. 303) hinsichtlich der Koalitionen, die den Klassenkampfgedanken bejahen.

1) FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, S. 418; S. 430 f.; M.-D., Anm. 116 zu Art. 1 GG; MUNTZKE-SCHLEMPF, Handbuch des Gemeinderechts, Anm. 2 zu § 11 HessGO, S. 322; vgl. weiter: KÖTTGEN, Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, in: VA Bd. 44, S. 43 ff.; ELLERING-MANN, Grundlagen der Kommunalverfassung und Kommunalaufsicht, S. 45 ff.; TRIEPEL, Die Reichsaufsicht; FRÖHLER, Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, S. 12 ff.

wird, das Zustandekommen eines Tarifvertrags nicht gehindert werden, da jeder einzelne Arbeitgeber tariffähig bleibt. ²⁾

c) Zu erwägen ist, ob sich nicht aus Art. 9 Absatz 2 GG in Verbindung mit § 48 VerwGO ein Aufsichtsrecht des Staates über die Tarifvertragsparteien ergibt. Nach diesen Bestimmungen können die Oberverwaltungsgerichte auf Antrag der Landesregierungen feststellen, daß Vereinigungen, deren Zweck oder Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen, oder die sich gegen die verfassungsmaßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, verboten sind. Zunächst ist es zweifelhaft, ob Art. 9 Absatz 2 auf Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen überhaupt anwendbar ist, weil diese erst in einem dem Art. 9 Absatz 2 folgenden neuen Absatz genannt werden. Man wird die Anwendbarkeit bejahen, da nicht einzusehen ist, warum der Staat untätig zusehen müssen soll, wenn eine Gewerkschaft oder ein Arbeitgeberverband die verfassungsmaßige Ordnung untergräbt. ³⁾ Art. 9 Absatz 2 in Verbindung mit § 48 VerwGO verschafft aber dem Staat kein Aufsichtsrecht, kraft dessen er eine Einflußmöglichkeit auf die Tarifvertragsparteien hat. Er ist nur eine Notbremse, die dem Staat die Möglichkeit gibt, nach außen kundtun zu lassen, daß eine Vereinigung unzulässig ist. Gleichzeitig entstehen die Voraussetzungen, um die Mitglieder der verbotenen Vereinigung, die trotz des Verbots tätig werden, bestrafen zu können (§ 129 a StGB).

Das Ergebnis unserer Überlegung ist: eine Staatsaufsicht über die Tarifvertragsparteien besteht weder im allgemeinen noch im besonderen beim Abschluß eines Tarifvertrags.

2. Zu welchen Schlüssen zwingt uns dieses Ergebnis? Nicht gerechtfertigt ist es, den Tarifnormen, weil eine Staatsaufsicht fehlt, den Charakter objektiven Rechts abzuspochen. Dürig glaubt so argumentieren zu müssen. ⁴⁾ Sind die Tarifnormen gesetzliche Rechtsnormen, dann hat es keinen Einfluß auf ihre Qualität, wenn verfassungsrechtlich unzulässig die Delegation nicht mit einer Staatsaufsicht verbunden ist. Das Fehlen der Staatsaufsicht könnte bestenfalls zur Ver-

2) Vgl.: REUSS, Die Stellung des kollektiven autonomen Arbeitsrechts im Rechtssystem, in: *ArbUf.* 1958, S. 324.

3) v. MANGOLDT-KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, Anm. VI, 1 zu Art. 9; HUBER, II., S. 385 Anm. 10, S. 389; Herbert KRÜGER, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 26; a. A. HANNES, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, S. 99 ff.; vgl. auch: H.-N., II., S. 94 ff.

4) M.-D., Anm. 116 zu Art. 1 Abs. 3 GG.

fassungswidrigkeit des Tarifvertragsgesetzes führen. In der arbeitsrechtlichen Literatur setzt man sich mit der Frage, ob die fehlende Staatsaufsicht die Delegation an die Tarifvertragsparteien unzulässig macht, meist nur am Rande auseinander. Man verweist in der Regel darauf, daß die Rechtsetzung durch Tarifvertrag anders zu behandeln sei, als der Erlaß einer autonomen Satzung: der Erlaß einer Satzung sei ein Akt kraft Autonomie; die Vereinbarung eines Tarifvertrags bewege sich im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung.⁵⁾ Zur Begründung dieser Ansicht könnte man sich auf Forsthoff stützen, der zur Autonomie im Arbeitsrecht meint, sie weise "in so hohem Maße besondere Eigentümlichkeiten" auf, daß er sich im Rahmen seines Lehrbuchs des Verwaltungsrechts nicht damit auseinandersetzen könne und die wissenschaftliche Behandlung dem Arbeitsrecht überlasse.⁶⁾

Bevor wir uns näher mit dem Satz beschäftigen, die Staatsaufsicht sei das Korrelat der Delegation von Hoheitsgewalt, wollen wir uns mit den Instituten der Autonomie und der sozialen Selbstverwaltung auseinandersetzen.

a) Die Grundbedeutung von Autonomie ist Selbstgesetzgebung. Aber nicht nur in diesem Sinn wird der Begriff Autonomie gebraucht. Man spricht von Autonomie der Persönlichkeit und meint damit das Recht des einzelnen, sich unabhängig vom Staat selbst bestimmen zu können. Man spricht auch von Privatautonomie und meint damit das Recht, unabhängig vom Staat den Vertragsinhalt festlegen zu können.⁷⁾ Damit muß nicht ausgedrückt sein, daß sich die Parteien durch die Vertragsregelung selbst ein Gesetz, verbindliches Recht, setzen: auch wenn nur gegenseitige Verpflichtungen entstehen, faßt man den Tatbestand "Vertragsschluß" unter "Privatautonomie". Man spricht drittens von Vereins- oder Verbandsautonomie und meint damit grundsätzlich ebensowenig, daß die Satzung, wie es die Vertreter der genossenschaftlichen Rechtstheorie behaupten, auch als objektives Recht anzusehen ist. Vereinsautonomie kann durchaus wie Privatautonomie das Recht bezeichnen, unabhängig vom Staat die eigenen Angelegenheiten regeln zu dürfen. In all diesen Fällen bedeutet Autonomie nicht mehr das Recht zur Selbstgesetzgebung sondern das Recht zur Selbstreglung. Diese Bedeutungsverschiedenheit zu kennen, ist gerade dann wichtig, wenn von Autonomie der Tarifpartner die Rede ist. Denn soweit von Gewerkschaftsseite aus in der Tagespresse die Autonomie der Koalitionen als gefährdet

5) REUSS, a. a. O.; ERDMANN, Die soziale Selbstverwaltung in ihrer rechts- und staatspolitischen Bedeutung, in: Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht, Festschrift für F. SITZLER, S. 48 ff.

6) FORSTHOFF, a. a. O., S. 422.

7) Vgl. dazu LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 S. 44.

bezeichnet wird, geht es in der Regel nicht speziell um das Selbstgesetzgebungsrecht sondern darum, einen Eingriff des Staates in das Selbstreglungsrecht im weitesten Sinne abzuwehren.

In ähnlicher Weise wie der Begriff Autonomie ist auch der Begriff Selbstverwaltung mehrdeutig: Nicht nur die Ausübung von Hoheitsgewalt fällt darunter, sondern auch wieder das Selbstreglungsrecht im weitesten Sinn. In diesem Sinn wird der Begriff Selbstverwaltung vornehmlich in der arbeitsrechtlichen Literatur gebraucht.⁸⁾ Zur Unterscheidung von der gemeindlichen, der klassischen Selbstverwaltung verwendet man dort auch den Begriff der sozialen Selbstverwaltung: sozial deshalb, weil gesellschaftliche Gruppen ihre Angelegenheiten unabhängig von staatlicher Einmischung regeln.

Die Begriffverwirrung wird vollständig dadurch, daß Selbstverwaltung auch im Sinn von Selbstgesetzgebung, Autonomie gebraucht wird. Das gilt wieder in erster Linie für die arbeitsrechtliche Literatur,⁹⁾ während Forsthoff zum Beispiel zwischen beiden trennt.¹⁰⁾ Allerdings - darauf weist Forsthoff zutreffend hin - ist das Selbstgesetzgebungsrecht ein Recht, das nur Selbstverwaltungskörperschaften zustehen kann und in aller Regel auch zusteht. Deshalb wollen wir uns im folgenden der Entwicklung und Bedeutung der Selbstverwaltung zuwenden.

b) Wir beschränken unseren Überblick auf die Entwicklung der modernen Selbstverwaltung, wie sie in der preussischen Städteordnung vom 19. November 1808 - durch den Freiherrn vom Stein geschaffen - ihren Anfang gefunden hat. Nach Forsthoff bedeutet die Städteordnung die Grundlegung der modernen Selbstverwaltung.¹¹⁾ Andere dagegen wollen in ihr nur die Fortführung der alten Gemeindetradition sehen.¹²⁾ Wir wollen dieser Frage nicht nachgehen; auch dann, wenn man der letzten Ansicht folgt, wird man nicht verkennen, daß die Reformen des Freiherrn vom Stein, das städtische und gemeindliche Leben entweder aufgerichtet oder aber in manchen Teilen Preußens, in denen der städtische und gemeindliche, das heißt der auf Eigenständigkeit gegenüber dem Staat bedachte Geist, völlig verschwunden war, neu belebt haben.¹³⁾ Ziel der Refor-

8) Vgl.: ERDMANN, a. a. O., S. 45; dagegen NIKISCH, II., S. 43.

9) NIKISCH, II., a. a. O.; vgl. auch H. -N., II., S. 21.

10) FORSTHOFF, a. a. O., S. 420.

11) FORSTHOFF, a. a. O., S. 412.

12) Vgl.: BECKER, Geschichtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, S. 73 ff.; BENDER, Theorien der gemeindlichen Selbstverwaltung, S. 90 ff.; 102. Nach der Ansicht dieser Autoren geht die heutige moderne Selbstverwaltung auf die alte germanische Selbstverwaltung zurück.

13) BENDER, a. a. O., S. 94 ff.

matorischen Bestrebungen Stein war, den obrigkeitlichen Geist im preußischen Staat durch "echten Gemeingeist" zu ersetzen. ¹⁴⁾ Dieses Ziel wollte er nicht durch Umsturz erreichen, sondern durch Erneuerung und Belebung des Alten. ¹⁵⁾ Selbstverwaltung bezeichnete also im Ursprung kein begrifflich klar erfaßbares Faktum, sondern den politischen Leitgedanken der Steinschen Reformidee.

Doch schon mit der preußischen Städteordnung begann die Konkretisierung und damit die Institutionalisierung der Selbstverwaltung. Gneist konnte bereits eine Definition aufstellen; danach heißt Selbstverwaltung "die Ausführung staatlicher Funktionen der Landesverwaltung in den Landschafts-, Kreis-, Stadt- und Dorfverbänden nach den Gesetzen des Landes durch persönliche Ehrenämter." ¹⁶⁾ In dieser Begriffsbestimmung wird Selbstverwaltung noch ganz mit dem persönlichen Einsatz einzelner Staatsbürger zusammengesehen. Erst Ende des 19. Jahrhunderts wandelte sich der Begriff der Selbstverwaltung weg vom personalen zum körperschaftlichen. Danach ist Selbstverwaltung die Wahrnehmung von Verwaltungsgeschäften, die an sich in den Aufgabenbereich des Staates fallen, durch körperschaftlich struktuierte Verbände. ¹⁷⁾ Träger der Selbstverwaltung waren, also nicht mehr nur die Gemeinden und gemeindeähnliche Verbände, sondern auch andere Körperschaften, also alle Verbände, in denen "echter Gemeinschaftsgeist" im Steinschen Sinn gedeihen kann.

Die moderne Lehre faßt den Begriff der Selbstverwaltung noch weiter. Nach Forsthoff ist nicht einzusehen, warum es auf die körperschaftliche Struktur ankommen soll, nachdem der Selbstverwaltungsbegriff sich gewandelt und Träger der Selbstverwaltung eine juristische Person geworden ist. ¹⁸⁾ Deshalb definiert er: "Selbstverwaltung ist also die Wahrnehmung an sich staatlicher Aufgaben durch Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des öffentlichen Rechts." ¹⁹⁾ Damit decken sich bei Forsthoff Selbstverwaltung mit mittelbare Staatsverwaltung. Nur der Akzent ist, wie er selbst sagt, bei den beiden Begriffsbildungen jeweils anders gesetzt. ²⁰⁾ Ist von mittelbarer Selbstverwaltung die Rede, so steht die Abhängigkeit vom Staate im Vordergrund, spricht man Selbstverwaltung, so ist die Eigenständigkeit des Trägers betont.

14) ebenda, S. 101.

15) STEIN, Briefe und amtliche Schriften, Bd. 1, S. 464.

16) GNEIST, Selfgovernment, Kommunalverfassung und Verwaltungsgerichte in England, S. 882 ff.

17) FORSTHOFF, a. a. O., S. 415, Anm. 1 eingehende Literaturangabe.

18) ebenda, S. 419.

19) ebenda.

20) ebenda.

Mit dieser Identifikation von Selbstverwaltung und mittelbarer Selbstverwaltung hat Forsthoff die Bedeutung des Selbstverwaltungsgedankens verkannt. Gleichgültig, ob die moderne Selbstverwaltung auf staatliche Reformpläne oder Bestrebungen aus dem Volk, denen man von Staatswegen entgegenkam, zurückzuführen ist, Selbstverwaltung bedeutet neben allen möglichen Zweckmäßigkeitserwägungen, Berücksichtigung der menschlichen Freiheit. Das Streben nach Selbstverwaltung ist, wie das Streben nach Souveränität, eine Form des menschlichen Freiheitsverlangens. Deshalb ist Selbstverwaltung wesensgemäß an ein personales Moment geknüpft. Forsthoff ist darin zuzustimmen, daß sich die Idee der Selbstverwaltung, wie sie den Steinschen Reformplänen zugrundelag, zunehmend konkretisiert hat und zu bestimmten Instituten des öffentlichen Rechts - den territorialen und personalen Körperschaften - verdichtet hat. Nicht zuzustimmen ist Forsthoff aber, wenn er über alle Institutionalisierung den Bezug der Selbstverwaltungs-idee zum Menschen nicht berücksichtigt.²¹⁾ Die nicht mitgliedschaftlich organisierten Anstalten und Stiftungen mögen als Formen der mittelbaren Selbstverwaltung anzusehen sein, sie zur Selbstverwaltung zu zählen, ist nach dem vorher Gesagten ein Unding. Sieht man gegen Forsthoff wieder die Beziehung zwischen Selbstverwaltung und menschlicher Freiheit, so wird man leicht erkennen, daß die Gewähr von Selbstverwaltung nichts anderes bedeutet, als die Berücksichtigung der Eigenständigkeit gesellschaftlicher Einheiten, wie sie nach der Subsidiaritätsordnung geboten ist. Folgt man dieser Deutung des Selbstverwaltungsbegriffs, dann gewinnt er, ohne zu einem politischen Schlagwort zu werden, eine Elastizität zurück, kraft derer es möglich ist, nicht nur bestimmte Erscheinungsformen, wie die gemeindliche Selbstverwaltung zum Beispiel, darunter zu fassen. Dieses Ergebnis wird uns zustatten kommen, wenn wir uns im folgenden der arbeitsrechtlichen Selbstverwaltung zuwenden.

c) Auf dem Gebiet des Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsrechts ist noch etwas von dem "unerschöpflichen germanischen Assoziationsgeist", wie es von Gierke ausgeführt hat,²²⁾ vorhanden. Das hat schon frühzeitig Sinzheimer erkannt. Sein Anliegen war, wie oben schon beschrieben,²³⁾ in erster Linie die Entwicklung des Tarifrechts.²⁴⁾ Die Setzung objektiven Rechts durch die Tarifvertragsparteien nimmt er als Ausgangspunkt, um in allgemeiner Form die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht zu entwickeln. Damit glaubt Sinzheimer, einen Weg gefunden zu haben, die Diskrepanz zwischen den Bedürfnissen der Gesellschaft

21) Diese Gedanken sind der Tenor der Arbeit BENDERS über die Theorien der gemeindlichen Selbstverwaltung, vgl. insbes. S. 124 ff.

22) v. GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1, S. 3.

23) SINZHEIMER, Ein Arbeitstarifgesetz, S. 181 ff.

24) a. a. O. S. 181, 182.

nach gesetzlicher Regelung und der tatsächlichen Leistung der Gesetzgebung zu lösen. Sinzheimer meint, im Tarifvertrag liege der Grundgedanke, daß freior-
ganisierte gesellschaftliche Kräfte unmittelbar und planvoll objektives Recht er-
zeugen und selbständig verwalten. ²⁵⁾ Dadurch werde Gesellschaft und Recht-
setzung wieder angenähert. Der Staat werde nicht ausgeschaltet, wenn ohne ihn
der Inhalt der Rechtsnormen zustande komme. Die soziale Selbstbestimmung
löse das Verhältnis zum Staate nicht, sie verändere es nur. ²⁶⁾ "Der Staat ver-
zichtet darauf, Entscheidungsnormen im einzelnen zu geben, er begnügt sich
damit, Formen den Beteiligten zur Verfügung zu stellen, in denen sie selbst diese
Normen erschaffen und verwalten können." ²⁷⁾

Die modernen Vertreter des Selbstverwaltungsgedankens im Arbeitsrecht halten
sich sachlich im Rahmen dessen, was Sinzheimer bereits ausgeführt hat. Dabei
erkennt man, daß die soziale Selbstverwaltung nicht unter den Selbstverwaltungs-
begriff, wie ihn Forsthoff gefaßt hat, zu bringen ist. ²⁸⁾ Nikisch meint, man
müsse aber auch im Arbeitsrecht daran festhalten, daß zum Begriff der Selbst-
verwaltung die Übertragung an sich staatlicher Aufgaben auf nichtstaatliche
Organisationen gehöre. ²⁹⁾ Den Gegensatz zu den staatlichen Aufgaben bilden
nach Nikisch die eigenen Angelegenheiten, deren Erfüllung mit Selbstverwal-
tung nichts zu tun haben. ³⁰⁾ Nach anderer Ansicht liegt das Wesen der sozia-
len Selbstverwaltung gerade darin, daß die Tarifvertragsparteien ihre eigenen
Angelegenheiten in eigener Regie ausführen. ³¹⁾ Allerdings rechnet man die
Satzung der Tarifnormen nicht ohne Bedenken zu den eigenen Aufgaben. ³²⁾

Um eine Bestimmung dessen, was "an sich" staatliche Aufgaben sind und war
eigene Aufgaben sind, brauchen wir uns nicht zu bemühen. Denn die Satzung
tariflicher Normen ist ein Akt mittels Hoheitsgewalt; insoweit unterscheidet sich
die Tätigkeit der Tarifpartner nicht von der der Gemeinden, wenn eine Satzung
erlassen wird.

Ergebnis unserer Überlegungen zur Selbstverwaltung ist also: die arbeitsrechtli-
che Selbstverwaltung und insbesondere die Selbstverwaltung durch die Koalition

25) a. a. O., S. 186.

26) a. a. O., S. 190.

27) a. a. O., S. 193.

28) NIKISCH, II., S. 48; H. -N., II., S. 262; ERDMANN, a. a. O., S. 45.

29) NIKISCH, a. a. O., S. 48.

30) NIKISCH, a. a. O., S. 27, 48.

31) ERDMANN, a. a. O., S. 27, 45; SCHNORR, Bundesverfassungsgericht und
kollektives Arbeitsrecht, in: RdA 1955, S. 3; MEISSINGER, Reliefbild des
Arbeitsrechts, S. 17, 27.

32) ERDMANN, a. a. O., S. 27, 48 ff.

weist gegenüber der verwaltungsrechtlichen nicht in "so hohem Maße Eigentümlichkeiten" auf, wie Forsthoff meint. Deshalb kommt der Frage, ob das Fehlen der Staatsaufsicht in Form von Fach- oder Rechtsaufsicht des Tarifvertragsgesetz verfassungswidrig macht, besondere Bedeutung zu.

3. Aus welchen Gründen ist Staatsaufsicht erforderlich? Forsthoff umschreibt den Zweck der Staatsaufsicht in fünf Punkten:

1. Schutz der Mitglieder gegenüber der Verbandsleitung,
2. Schutz des Verbandes und der Verbandsinteressen gegenüber einem schädigenden Verhalten der Verbandsleitung,
3. Schutz der Rechtsordnung gegenüber einem rechtswidrigen Verhalten der Verbandsleitung,
4. Schutz der Staatsinteressen gegenüber einem schädigenden Verhalten der Verbandsleitung und
5. Gewährleistung einer sachgemäßen Mitarbeit bei der Erfüllung der Verbandsaufgaben. 33)

Dieser Katalog möglicher Gründe für die Staatsaufsicht besagt nichts darüber, warum und in welchen Fällen eine Staatsaufsicht verfassungsrechtlich geboten ist. Das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Regelung dieser Frage; anknüpfend an die Untersuchung zur Subsidiaritätsordnung ist dazu folgendes auszuführen: Die Notwendigkeit der Staatsaufsicht ist mit der Notwendigkeit des Staates als Ordnungsgarant gegeben. Da immer damit zu rechnen ist, daß die Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen widerlegt wird, ist staatliche Tätigkeit und Überwachung anderer Tätigkeit durch den Staat nicht zu entbehren. Deshalb hält der Staat als latente Aufsicht über den einzelnen den Polizeiapparat bereit, um im gegebenen Fall die Ordnung wahren zu können. Allerdings greift sie nicht in jedem Fall ein, in dem Gefahr für Sicherheit oder Ordnung besteht, sondern nur wenn die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht ist. Das heißt: soweit die Ordnung als nichtöffentliche Ordnung gefährdet ist, ist es dem einzelnen selbst überlassen, Störungen vorzubeugen, insbesondere mit Hilfe der Mittel, die das Zivilrecht dem Bürger an die Hand gibt. So kann der Gläubiger die Polizei gegen einen säumigen Schuldner nicht zu Hilfe rufen, selbst wenn der Schuldner hämisch lächelnd dem Polizisten erklärt, er habe keine Lust, die Schuld zu bezahlen.

Nichts anderes gilt für die Störung der Ordnung in einer Gemeinschaft. Die Stellung der Mitglieder zu den anderen Mitgliedern und deren Verhältnis zur Verbandsleitung ist weitgehend für alle möglichen Vereinigungen gesetzlich geregelt.

33) FORSTHOFF, a. a. O., S. 431; vgl. auch die Literaturangaben dort.

Für Ordnungsstörungen besteht in aller Regel in irgendeiner Form Klagemöglichkeit. Dem freien Entschluß des einzelnen ist es überlassen, sich im Rahmen dieser Möglichkeiten selbst zu helfen; eine Staatsaufsicht käme einer Bevormundung gleich.

Die Beschränkung der Polizeitätigkeit auf Gefahrenabwehr für die öffentliche Ordnung macht bereits deutlich, daß Punkt 1 des Katalogs von Forsthoff: Schutz der Mitglieder gegenüber der Verbandsleitung nicht uneingeschränkt staatliche Aufsichtstätigkeit rechtfertigt. Soweit der einzelne sich gegen Angriffe der Verbandsleitung selbst schützen kann, ist eine staatliche Maßnahme genauso entbehrlich, wie bei einem Eingriff eines Bürgers in die Rechte eines anderen, solange die öffentliche Ordnung nicht gestört ist.

In diesem Zusammenhang können wir auch darauf verweisen, daß die Punkte 2: Schutz des Verbandes und der Verbandsinteressen gegenüber einem schädigenden Verhalten der Verbandsleitung, und 5: Gewährleistung einer sachgemäßen Mitarbeit bei der Erfüllung der Verbandsaufgaben eine Staatsaufsicht in der Regel nicht rechtfertigen. Es muß dem freien Entschluß der Mitglieder überlassen bleiben, in eigener Verantwortung Schädigungen der Verbandsinteressen abzufangen; ein staatlicher Eingriff käme auch hier einer Bevormundung gleich. Soweit es an Mitarbeit fehlt, kann der Staat sie nicht erzwingen, bestenfalls nur anregen.

Hingegen erscheinen die Punkte 3: Schutz der Rechtsordnung gegenüber einem rechtswidrigen Verhalten der Verbandsleitung, und 4: Schutz der Staatsinteressen gegenüber einem schädigenden Verhalten der Verbandsleitung in aller Regel als legitime Gründe für eine Staatsaufsicht. Beim einzelnen ist die Ausgangsvermutung zu seinen Gunsten so stark, daß sich der Staat mit der latenten Aufsicht durch die Polizei begnügen kann. Anders ist es schon bei öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel. Für sie besteht nach § 14 Versammlungsgesetz ³⁴⁾ eine besondere Form spezieller Aufsicht im Erfordernis der Anmeldung. Obwohl auch hinsichtlich der versammelten Menschen die Ausgangsvermutung zu ihren Gunsten besteht, sind die Vorschriften des Versammlungsgesetzes gerechtfertigt, weil die Kraft der Vermutung bei einer Vielzahl von Menschen schwächer ist als bei einem einzelnen. Menschen in einer Masse neigen eher zu Ausschreitungen, die gegebenenfalls wegen der Vielzahl der Menschen nicht zu verhindern sind. Hervorzuheben ist, daß der Verfassungsgesetzgeber und in seinem Gefolge der Gesetzgeber nur die öffentliche Versammlung unter freiem Himmel anmeldepflichtig gemacht hat, während die öffentliche Versammlung in geschlossenen Räumen nach Art. 8 Absatz 1 GG weder einer Anmel-

34) Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24. 7. 1953 (BGBl. I, S. 684).

dung noch einer Erlaubnis bedürfen. Daraus erhellt: nur die unüberschaubare Menschenmenge einer Versammlung unter freiem Himmel, die ohne Grenzen wachsen kann, erscheint gefährlich. Aus diesem Beispiel gewinnen wir den allgemeinen Satz: je größer die Macht, je stärker die Staatsaufsicht, weil mit wachsender Macht die Ausgangsvermutung an Kraft verliert.

Diese grundsätzlichen Erwägungen zur Staatsaufsicht sollten zeigen, daß es unzutreffend ist, dieses Institut mit den gemeinderechtlichen Begriffen der Rechts- und Fachaufsicht gleichzusetzen. Die Staatsaufsicht umfaßt eine Vielzahl von staatlichen Einfluß- und Steuerungsmöglichkeiten, die der Staat im konkreten Falle als Eingriffe in die Freiheit zu rechtfertigen hat.

Aus der Ordnungsaufgabe, wie sie im Rahmen der philosophischen Überlegungen herausgestellt worden ist, folgt, daß jeweils gemessen am Bedürfnis nach staatlicher Ordnung, der Staat das Recht zur Aufsicht hat. Das besagt, daß die einzelnen Gemeinschaften keine unabhängigen "souveränen" Staaten sind, sondern nur soweit Staat im Staat, als es mit dem Gedanken einer umfassenden Einheit verträglich erscheint. Es bestehen also, wie wir es bei der philosophischen Begründung des Subsidiaritätsprinzips und auch im Rahmen der Erörterungen über das Subsidiaritätsprinzip als Verfassungsprinzip im Grundgesetz gesehen haben, durchaus mannigfaltige Beziehungen und Abhängigkeiten zwischen den Gemeinschaften und dem die Freiheit garantierenden Staat. Aus diesen Erörterungen folgt aber auch gleichzeitig, daß keineswegs der Satz: Delegation bedingt Staatsaufsicht in dieser Allgemeinheit angenommen werden kann. Das Bedürfnis nach Staatsaufsicht richtet sich allein danach, inwieweit aus der Ordnungsaufgabe des Staates eine solche Staatsaufsicht über die ihre eigenen Angelegenheiten besorgenden gesellschaftlichen Einheiten notwendig ist. Genau so wenig, wie sich aus dem Subsidiaritätsprinzip und der ihm zugrunde liegenden Ordnung mit einem Blick ablesen läßt, welche gesellschaftliche Einheit welche Gemeinwohlaufgaben übernehmen kann, so wenig läßt sich sagen, welcher Staatsaufsicht es über welche gesellschaftliche Einheit in welchem Umfang bedarf. Alle diese Fragen lassen sich jeweils nur nach einer eingehenden Güterabwägung zwischen dem Bedürfnis nach Eigenständigkeit auf der einen Seite und der Ordnungsaufgabe auf der anderen Seite entscheiden. Es ist nicht ausgeschlossen, daß in einem konkreten Falle die Staatsaufsicht völlig entfallen kann.

4. Was bedeutet dieses Ergebnis für unsere Frage, ob das Tarifvertragsgesetz wegen fehlender Staatsaufsicht über die Tarifvertragsparteien verfassungswidrig ist?

a) Erfordert der Schutz des Arbeitnehmers eine Staatsaufsicht über die Tarifvertragsparteien? Zu beachten haben wir, daß die Staatsaufsicht nicht deshalb

entfallen kann, weil die Arbeitnehmer freiwillig Mitglied ihrer Verbände sind. Freiwillig Mitglied ist der Arbeiter nur insoweit, als der Staat ihn nicht in eine Arbeitnehmerorganisation zwingt. Das bedeutet aber nicht, daß es dem freien Entschluß des Arbeiters überlassen ist, ob er einer Gewerkschaft beitrifft oder nicht. Vielmehr sind die Arbeiter durch ihre soziale Lage genötigt, sich zu koalieren. Deshalb kann mit *volenti non fit iniuria* das Fehlen der Staatsaufsicht nicht gerechtfertigt werden. Aber eine andere Überlegung hilft weiter! Da die Gewerkschaften nach freiheitlich demokratischen Grundsätzen aufgebaut sein müssen, haben die Mitglieder jederzeit die Möglichkeit, ihre Interessen dem Verband gegenüber selbst wahrzunehmen.

b) Schwieriger zu entscheiden ist, ob die Interessen der Gemeinschaft eine staatliche Aufsicht über die Tarifvertragsparteien erfordern. Nawiasky hat zutreffend herausgestellt, daß der Tarifvertrag nicht nur die Parteien des Arbeitsvertrags betrifft, sondern auch auf die Konsumenten wirkt, weil eine Lohnerhöhung in der Regel durch eine Preissteigerung ausgeglichen wird. Deshalb hat er Bedenken, die Tarifvertragsparteien ohne Staatsaufsicht zu lassen. ³⁵⁾

Nawiaskys Bedenken betreffen die Zulässigkeit der Rechtsetzungsdelegation nicht unmittelbar. Einigen sich nämlich die Tarifvertragsparteien auf einen höheren Lohn, dann kann sich das auf die Konsumenten ungünstig auswirken, ob nun der Tarifvertrag gesetzliche Rechtsnormen enthält oder nicht. Das bedeutet, wenn der Konsument zu schützen ist, dann vor der wirtschaftlichen Macht schlechthin, sei es nun vor der wirtschaftlichen Macht in den Händen der Gewerkschaft, in den Händen des Einzelunternehmers oder in den Händen des Unternehmerverbandes. Ob diese Machtposition, die sie dank der ihnen gewährten Eigenständigkeit innehaben, einer Staatsaufsicht bedarf, ist eine Frage, die sich jedem stellen muß, auch dem, der die Eigenständigkeit naturrechtlich begründet. ³⁶⁾ Es erweist sich hier, daß letztlich, was die Abgrenzung zwischen Freiheit und Bindung angeht, der Naturrechtler zu keinem anderen Ergebnis gelangt als der, welcher die Freiheitsrechte der Verfassung als vom Staat abgeleitete Rechte begreift. Immer ist eine Güterabwägung zwischen den Gemeinschaftsinteressen und der Freiheitseinschränkung durch Staatsaufsicht erforderlich. Was ergibt eine Güterabwägung in unserem konkreten Falle? Sind die Interessen der Gemeinschaft gefährdet oder sind sie ohne Staatsaufsicht ausreichend geschützt?

35) NAWIASKY, Allgemeine Staatslehre, Bd. II, Teil I, S. 195; vgl. auch M.-D., Anm. 116 zu Art. 1 Absatz 3 GG; ERDMANN, a.a.O., S. 48 f.

36) Vgl. die entsprechenden Ausführungen für die Gemeindeaufsicht BENDER, a.a.O., S. 79 ff.

Vergleichen wir die Selbstverwaltung der Gemeinden und die Staatsaufsicht über sie mit der Selbstverwaltung der Tarifparteien! Wir haben gesehen, daß die Selbstverwaltung durch die Gemeinden so weitgehend institutionalisiert ist, daß Forsthoff zwischen Selbstverwaltung und mittelbarer Staatsverwaltung keinen Unterschied mehr zu sehen glaubt. Auf der anderen Seite kann Forsthoff allerdings mit der noch nicht institutionalisierten und noch vitalen Selbstverwaltung im Arbeitsrecht nichts Rechtes anfangen und weist sie global der wissenschaftlichen Behandlung des anderen Rechtsgebietes zu. Die Gemeinden nehmen ihre Aufgaben wahr, ohne daß in aller Regel die Einzelheiten in die Öffentlichkeit dringen. In der Tat ist ihr Verhältnis zum umgreifenden Ordnungsgebilde Staat ein ganz anderes als das der Tarifparteien zum Staat. Die Aufgaben der Gemeinde sind heute weitgehend verwaltungstechnischer Natur, die den einzelnen Gemeindeangehörigen nicht unbedingt interessieren. Die Öffentlichkeit nimmt nur an einzelnen Aufgaben der Gemeinde lebhaften Anteil. Daraus ergibt sich, daß die gemeindlichen Aufgaben weitgehend unbeobachtet in dem Verwaltungsgebäude "Rathaus" bewältigt werden. Deshalb muß der Staat in weit größerem Umfang darauf bedacht sein, ein Aufsichtsrecht über die Gemeinden zu haben, um dort nach dem Rechten zu sehen. Ganz anders ist es dagegen in der sozialen Selbstverwaltung. Wenn heute eine Gewerkschaft sich entschließt, zum Streik aufzurufen, so betrifft das bei der Größe, die diese Verbände oftmals haben, in aller Regel einen größeren Wirtschaftszweig. Sofort wird das für und wider des geplanten Streiks in der Presse erörtert und von der Öffentlichkeit lebhaft verfolgt. Auch die Regierung nimmt Stellung und beurteilt den Streik im Hinblick auf seine Auswirkung auf die gesamte Wirtschaftslage. Man könnte also von daher sagen, der sozialen Selbstverwaltung entspricht auch eine "soziale Aufsicht".

Die Aufsicht des Staates soll demjenigen, der in eigener Regie seine Angelegenheiten ausführt, immer wieder zum Bewußtsein bringen, daß er, wenn er seine eigenen Angelegenheiten erfüllt, auch das gesamte Ordnungsgefüge berühren kann. Die gleiche Funktion erfüllt die "soziale Aufsicht": Durch den lebhaften Anteil, den die gesamte Öffentlichkeit an dem sozialen Leben nimmt, wird den Tarifpartnern immer wieder deutlich gemacht, welche Rolle und welche Bedeutung sie im Staatsganzen spielen. Damit ist allerdings den Tarifpartnern von seiten des Staates bzw. der der Gesellschaft ein großes Vertrauen entgegengebracht. Denn im Gegensatz zur Staatsaufsicht fehlt der "sozialen Aufsicht" das Druckmittel für den Ernstfall. Im einzelnen muß es die Entwicklung zeigen, ob dieses in die Träger der sozialen Selbstverwaltung gesetzte Vertrauen gerechtfertigt ist oder nicht. Schon heute fehlt es nicht an skeptischen Stimmen; so sagt zum Beispiel Rose: "Wenn nun aus diesen Gründen die produktivitätsorientierte Lohnpolitik derart schwerwiegende Probleme aufwirft, dann ist den Tarifparteien nicht viel geholfen, wenn man von ihnen eine Lohnpolitik nach volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten fordert. Es fehlt ihnen einfach der Maßstab, nach dem sie eine solche Politik aus-

richten können. Zudem ist es zweifelhaft, ob "Seelenmassage" und Appelle der Regierung zur Zurückhaltung in Lohnforderungen allzuviel nutzen, da unsere Wirtschaftsordnung nun einmal nicht auf altruistischen Prinzipien aufgebaut ist und man meines Erachtens auch die Verantwortung für die Preisstabilität nicht nur einer Gruppe, hier den Tarifpartnern, aufbürden sollte, nachdem man gleichzeitig andere Gruppen nicht daran gehindert hat, ihrerseits das Sozialprodukt über Gebühr in Anspruch zu nehmen. Wenn man nun durch gutes Zureden und Appelle an die Tarifpartner das Problem der Kosteninflation nicht lösen kann, dann bleiben nur zwei Möglichkeiten offen: Einmal wäre an unmittelbare staatliche Lohn- und Preiskontrolle ... zu denken ... Sodann - und diese Lösung wäre wohl vorzuziehen -, kann daran gedacht werden, der Kosteninflation durch Verstärkung des Wettbewerbs auf den Waren- und Produktionsfaktorenmärkten zu begegnen." 37)

Der deutsche Gesetzgeber steht mit der Entscheidung, die Tarifvertragsparteien unbeaufsichtigt zu lassen, nicht allein da. Auch in Frankreich, 38) der Schweiz, 39) Großbritannien, 40) den Vereinigten Staaten, 41) Belgien, 42) Luxemburg, 43)

-
- 37) ROSE, Bemerkungen zur Theorie der Kosteninflation, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft 1961, Bd. 12, Heft 3, S. 353.
- 38) Vgl.: CALOMIRIS, Der normative Teil des Tarifvertrages, S. 68 f.; DURAND, in: Vergleichende Studie, S. 92 ff.; H. -N., II., S. 935; MOLENAAR, in: Vergleichende Studie, S. 67; SPYROPOULOS, Le droit des conventions collectives de travail, S. 15; STEINMANN-GOLDSCHMIDT, Gewerkschaften und Fragen des kollektiven Arbeitsrechts, S. 67 ff.
- 39) Vgl. CALOMIRIS, a. a. O., S. 79; GYSIN, Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, in: RdA 1950, S. 4 (6); H. -N., II., S. 966 f.; NAEGELI, Das Schweizer Arbeitsrecht, in: RdA 1955, S. 171.
- 40) Lit. vgl. oben § 27 Anm. 7.
- 41) BENNER, Die amerikanischen Tarifverträge, in: GewMH 1953, S. 566; H. -N., II., S. 975 ff.; HUG, Probleme des kollektiven Arbeitsrechts; HUMPHREY, Die Bedeutung des Taft-Hartley Gesetzes, in: GewMH 1951, S. 510; LENHOFF, Der Taft-Hartley-Act, in: RdA 1954, S. 201 ff.; JADESON, Das Arbeitsrecht in den Vereinigten Staaten, S. 63 ff.; TAFT, Das Taft-Hartley-Gesetz, in: Der Arbeitgeber 1951, Nr. 6, S. 22.
- 42) Lit. vgl. oben § 27 Anm. 6.
- 43) H. -N., II., S. 952; KAYSER, in: Vergleichende Studie, S. 147; MOLENAAR, in: Vergleichende Studie, S. 67; SPYROPOULOS, a. a. O., S. 10, 19.

Italien ⁴⁴⁾ fehlt es an jeder Aufsicht. Die Tarifverträge entfalten ihre Wirkungen, - wobei diese in den angeführten Ländern verschieden ist -, unabhängig von einer staatlichen Genehmigung.

Zusammenfassend können wir folgendes Ergebnis festhalten: Da sich bis jetzt die soziale Aufsicht, die Aufsicht durch die Gesellschaft, als ausreichend erwiesen hat, ist eine Staatsaufsicht verfassungsrechtlich nicht geboten; die Delegation ohne Staatsaufsicht also zulässig. Das heißt aber nicht, daß durch die Verfassung überhaupt die Staatsaufsicht ausgeschlossen ist. Die Gewähr der Eigenständigkeit bedeutet für die Tarifvertragsparteien kein absolutes Recht, sondern ein Recht, das wie die Handlungsfreiheit des einzelnen unter dem Vorbehalt des Soweit-Satzes in Art. 2 Absatz 1 GG steht.

§ 32

DER DELEGATIONSGRUND

1. In den beiden vorangegangenen Paragraphen haben wir die Zulässigkeit der Rechtsetzungsdelegation an die Tarifvertragsparteien in formeller Hinsicht eingehend untersucht; in diesem Paragraphen wollen wir danach fragen, ob die Delegation materiell nach der Verfassung gerechtfertigt ist. Denn für die materielle Seite gilt: der Staat darf die Tarifvertragsparteien nicht zum Erlaß von Vorschriften ermächtigen, die zu erlassen ihm verboten wäre. Als Delegationsgrund sieht man allgemein die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes an. ¹⁾ Auch diejenigen, die nicht von einer Delegation zur Rechtsetzung sprechen, halten die Anordnung der zwingenden Wirkung für gedeckt durch den Sozialauftrag der Verfassung. ²⁾

Über die verfassungsrechtliche Bedeutung des Sozialstaatsprinzips brauchen wir hier keine Worte mehr zu verlieren; die wesentlichen Gesichtspunkte haben wir bei der Untersuchung zur Subsidiaritätsordnung schon hervorgehoben; ³⁾ die Sozialstaatsklausel ermöglicht, die Gleichheitsordnung als Voraussetzung für die Ausgangsvermutung zu Gunsten des Menschen aufrecht zu erhalten oder wieder herzustellen. Wann ein staatlicher Eingriff erforderlich ist, also wann eine Ungleichheit zu beseitigen ist, kann, wie wir erkannt haben, nur nach einer einge-

44) H.-N., II., S. 947; MENGONI, in: Vergleichende Studie, S. 123; MOLENAAR, in: Vergleichende Studie, S. 67; SPYROPOULOS, a. a. O., S. 9, 17.

1) Vgl.: die Vertreter der Delegationstheorie, oben § 13.

2) Vgl.: oben § 9, 3 zu den Ausführungen RAMMS.

3) Vgl.: oben §§ 20, 5b; 22, 1c.

henden Tatsachenanalyse entschieden werden, die folgende Fragen beantworten muß:

1. Besteht eine Ungleichheit?
2. Ist es erforderlich, durch staatlichen Eingriff die Ungleichheit zu beheben?
3. Welcher Eingriff garantiert optimalen Erfolg bei minimaler Freiheitsbeschränkung?

2. a) Zur ersten Frage ist an dieser Stelle nichts mehr auszuführen: in der Einleitung, bei der Darstellung der Differenzierungstheorie und beim Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Berufsverbände ist die Ungleichheit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber hinreichend dargetan worden.

b) Schwieriger ist die zweite Frage zu beantworten. Mit dem Hinweis auf die Rechtslage in Belgien und Großbritannien folgerten wir, daß die Tarifvertragsparteien nicht zwingend einer Rechtsetzungsmacht bedürfen, um ihre Aufgaben erfüllen zu können. Zwingt diese Folgerung zu dem Umkehrschluß, daß deshalb der staatliche Eingriff nicht gerechtfertigt ist? Diese Frage ist zu verneinen. Nicht alles, was nicht zwingend aus der Natur einer Sache geboten ist, ist unzulässig. Der Gesetzgeber hat, wenn er eine sozialstaatliche Maßnahme ergreift, einen Ermessensspielraum vom Verbot der Willkür beschränkt, der ihm für Erwägungen zur Praktikabilität einer Maßnahme Platz läßt. ⁴⁾

Die Rechtsetzungsdelegation an die Tarifvertragsparteien ist keine Willkürmaßnahme, sondern allgemein als probates Mittel, die Arbeiter zu schützen, anerkannt. Das zeigt sich nicht nur daraus, daß nach Einführung der zwingenden Wirkung durch die Tarifvertragsverordnung nirgendwo gegen ihre Zulässigkeit Stimmen laut geworden sind, ⁵⁾ sondern auch daraus, daß die meisten freiheitlichen demokratischen Rechtsordnungen die zwingende Wirkung der Tarifnormen eingeführt haben. In Frankreich, den Niederlanden, Griechenland, Norwegen, Schweden, der Schweiz, Österreich, Portugal und Finnland gelten die Tarifnormen unabdingbar und unmittelbar kraft Gesetzes. ⁶⁾ In Italien und

4) Zum Ermessensspielraum des Gesetzgebers vgl. ausführlich M. -D., Anm. 117 ff. zu Art. 20 GG.

5) In der Begründung eines Arbeitstarifgesetzentwurfs von 1921 (RABl. AT. S. 495) heißt es, über die Berechtigung der Unabdingbarkeit sei keine Diskussion mehr nötig.

6) Frankreich: Art. 31 c Abs. 1 Code du Travail, Livre premier; Niederlande: Wet van 24 december 1927, S. 415, houdende nadere regeling van de Collectieve Arbeidsovereenkomst, in: Nederlandse Wettboeken en aanverwante Wetten, Bd. 2, S. 333; Griechenland: Gesetz vom 16. November 1935, vgl. dazu: CALOMIRIS, Der normative Teil des Tarifver-

den Vereinigten Staaten von Amerika ergibt sich die gesetzesähnliche Wirkung der Tarifnormen nicht ausdrücklich aus dem Gesetz, sie wird aber von der Rechtsprechung durch Auslegung gefolgert. ⁷⁾

Die Rechtsordnungen Belgiens und Großbritanniens ⁸⁾ sind nicht nur Beispiel dafür, daß die Tarifvertragsparteien nicht notwendig der Rechtsetzungsmacht bedürfen, sondern auch dafür, daß ganz ohne staatlichen Eingriff nicht auszukommen ist. In Belgien können die Tarifverträge durch königlichen Erlaß Rechtsverbindlichkeit erhalten; in England griff man auch, wie beschrieben, je nach Konjunktur zu staatlichem Zwang.

Die praktische Geltung der vereinbarten Arbeitsbedingungen hängt allein von der Macht der Gewerkschaft ab. Durch diese Überlegung wird die Ansicht Lussers widerlegt. Lusser meint, die zwingende und unmittelbare Wirkung der Tarifnormen sei nicht notwendig und habe keine praktische Bedeutung. ⁹⁾ Zu Unrecht beruft er sich auf die Länder, in denen die Tarifnormen nur schuldrechtliche Wirkungen haben, da in diesen Ländern nicht generell auf zwingende Arbeitsbedingungen verzichtet wird. Auch seine weitere Ausführung ist nicht stichhaltig. Er meint: da der Arbeiter seinen Dienstherrn, solange er bei ihm arbeitet, bei unterschiedlichem Lohn nicht auf Zahlung verklagen wird, nütze ihm der unmittelbare und unabdingbare Tarifanspruch erst, wenn er seine Stellung gekündigt habe. Diese Ansicht ist aus zwei Gründen unzutreffend: Einmal ist es eine unbewiesene Behauptung, daß der Arbeiter, solange er in Stellung ist, gegen seinen Meister nicht klage. Zum anderen verkennt Lusser die Bedeutung der zwingenden Tarifnormen. Zwar sind die Tarifnormen nach Lussers Meinung keine gesetzlichen Rechtsnormen, aber auch er gesteht zu, daß die Tarifnormen die Wirkungen haben, die man sonst bei gesetzlichen Rechtsnormen anzutreffen pflegt. ¹⁰⁾

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 182:

trages, 3. 58; H. -N., II., S. 938; Norwegen: Gesetz aus dem Jahr 1927, BIT SL 1927, Norvège 1; Schweden: Gesetz aus dem Jahre 1928, BIT SL 1928, Suède 2; Schweiz: Art. 322, 323 des Obligationenrechts; Österreich: §§ 2 Abs. 3, 9 Abs. 1 des Kollektivvertragsgesetzes vom 31. März 1950, BGBl. Nr. 95; Portugal: Gesetz vom 6. März 1947, BIT SL 1947, Portugal 1; Finnland: Gesetz aus dem Jahre 1946, BIT SL Finlande 2.

- 7) Vereinigte Staaten von Amerika: Gesetzliche Grundlage ist der Labour Management Relations Act (Taft Hartley Act) vom 22. Oktober 1951, BIT SL 1951 Etats-Unis, 2 wegen Unabdingbarkeit und Unmittelbarkeit vgl. LENHOFF, Der Taft-Hartley-Act, in: RdA 1954, S. 208; Italien: vgl. SPYROPOULOS, Le droit des conventions collectives de travail, S. 72, 100 Anm. 161.

8) Vgl. oben § 27, 2.

9) LUSSER, Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht, S. 27 ff.

10) LUSSER, a. a. O., S. 33.

Sicherlich hängt die praktische Geltung der Tarifnormen in ähnlichem Umfang von der Macht der Gewerkschaften ab, wie die Achtung von den staatlichen Gesetzen davon, ob die Staatsgewalt schlagkräftig und die Regierung unbestechlich ist. Aber bereits das Vorhandensein von Normen mit Zwangscharakter ist der erste Schritt zu ihrer Geltung, weil die Menschen eher geneigt sind, sich über rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten hinwegzusetzen als über zwangsbewehrte Gebote.

c) Allerdings könnte man gerade an die Beispiele Belgien und Großbritannien anknüpfend meinen, die Delegation zur Rechtsetzung an die Tarifvertragsparteien sei unnötig, weil bei normaler und bei Hochkonjunktur die "praktische" Unabdingbarkeit genüge, während bei schlechter Konjunktur der Staat helfend eingreifen könne. Damit sind wir bei der dritten Frage angelangt, welcher Eingriff bei minimaler Freiheitsbeschränkung optimalen Erfolg verspreche.

Dem Vergleich des deutschen Tarifvertragsgesetzes mit der belgischen und englischen Rechtsordnung ist vorwegzuschicken, daß man nicht die zunächst gegebene schuldrechtliche Wirkung der belgischen und englischen Tarifnormen gegen die Delegation an die Tarifvertragsparteien als staatlicher Eingriff ausspielen darf. Die Delegation bedeutet noch nicht den Eingriff selbst, sondern lediglich den äußeren Ausdruck für die Kompetenzverschiebung, die durch die Funktionsteilung zwischen Staat und Tarifvertragsparteien bedingt ist. In welchem Umfang die Tarifvertragsparteien von der ihnen delegierten Rechtsetzungsmacht Gebrauch machen, ist eine andere Frage.

Vom Erfolg her gesehen - den Schutz der Arbeitnehmer zu garantieren - ist die generelle Rechtsetzungsdelegation der abwartenden Haltung des Staates in England vorzuziehen. Ein Konjunkturniedergang in einem Industriezweig kann innerhalb kurzer Zeit erfolgen; bis das Parlament sich dann zu einer Arbeiterschutzmaßnahme durchgerungen hat, kann es lange dauern. Deshalb ist es vom Sozialstaatsprinzip her gerechtfertigt, daß es die Gewerkschaften von vornherein in der Hand haben, zusammen mit dem Arbeitgeber zwingende Arbeitsbedingungen zu vereinbaren.

Vierter Unterabschnitt Die Rechtsnormen des Tarifvertrags

§ 33

DIE SCHRANKEN DER TARIFVERTRAGLICHEN REGLUNGSBEFUGNIS

1. Als die Arbeiter die Koalitionsfreiheit erkämpften, weil sie sich vom Zusammenschluß zu Gewerkschaften größere Durchschlagskraft ihrer sozialen Forderung erhofften, dachte niemand daran, daß eines Tages die Frage aufgeworfen werden könnte, inwieweit der Arbeiter Schutz verdient vor seiner eigenen Organisation. Wahrscheinlich hat man auch später, als die Koalitionsfreiheit praktisch anerkannt und die Tarifverträge mit Gesetzeskraft ausgestattet waren, nicht nach den Schranken der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis gefragt. Erst als das Institut des Tarifvertrags einen festen Platz in der Gesellschaftsordnung gefunden hatte, spürte man das Bedürfnis, nach den Grenzen der tarifvertraglichen Vereinbarungsgewalt zu suchen.

Die Schranken der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis erörtert man unter zwei Gesichtspunkten. ¹⁾ Einmal: in welchem Umfang bestehen sachliche, zum anderen: in welchem zeitliche Grenzen? Unter dem Stichwort zeitliche Grenzen, ist das Problem der Rückwirkung von Tarifnormen und das Problem ihrer Einwirkung auf bestehende Vertragsverhältnisse behandelt. Die Zweifelsfragen, die an dieses Problem anknüpfen, sind für unsere Untersuchung über den Raum, den die Tarifnormen der einzelvertraglichen Gestaltungsfreiheit belassen, nur mittelbar von Bedeutung. Wir lassen sie deshalb außer Betracht. Die Grenzen für die Regelungsbefugnis in sachlicher Hinsicht dagegen sind für unsere Überlegungen wichtig.

1) Vgl. dazu: ISELE, Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, in: JR 1960, S. 289 ff.; HERSCHEL, Tariffähigkeit und Tariffmacht, S. 45 ff.; G. HUECK, Zur kollektiven Gestaltung der Einzelarbeitsverhältnisse, in: Festschrift für E. Molitor, S. 208 ff.; H.-N., II., S. 189 ff.; H. KAUFFMANN, Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, in: NJW 1960, S. 1645 ff.; STAHLHACHE, Kollektive Einwirkung auf erworbene Rechte, in: RdA 1959, S. 266 ff.; NEUMANN-DUESBERG, Kollektivvertrag und Individualrecht, in: JZ 1966, S. 525 ff.; W. SIEBERT, Kollektivmacht und Individualsphäre beim Arbeitsverhältnis, in: BB 1953, S. 241 ff.; DERS., Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für H.C. Nipperdey, S. 119 ff.; WIEDEMANN, Zeitliche Grenzen kollektiver Gestaltungsmacht, in: RdA 1959, S. 454 ff.

a) In Rechtsprechung und Lehre hat sich über die Grenzen der Regelungsbefugnis in sachlicher Hinsicht noch keine allgemeine Meinung mit festen Grundsätzen gebildet. Nipperdey meint: "Es ist der grundsätzliche Vorrang des Kollektivrechts vor dem Individualrecht im Bereich des Arbeitsrechts anerkannt. Man kann diesen Vorrang der kollektiven Norm, soweit er durch die Ermächtigungsnormen des Tarifvertragsgesetzes getragen wird, nicht schlechthin durch einen Individualbereich des einzelnen Arbeitnehmers einschränken. Man wird vielmehr im Einzelfall zu prüfen haben, ob der soziale Schutzzweck des Tarifvertrages, der Ursprung, Zweck und Grenze des Kollektivprinzips ist, Einschränkungen rechtfertigt." ²⁾ Hiervon ausgehend meint Nipperdey, daß grundsätzlich die Verwendung des Arbeitsentgelts - eine Ausnahme gilt für die Beitragszahlung zu Lohnausgleichskassen oder Pensionskassen - sowie die Gestaltung der arbeitsfreien Zeit nicht mehr von der Vereinbarungsgewalt umfaßt wird. ³⁾ Deshalb ist es unzulässig, wenn der Arbeiter tarifvertraglich dazu bestimmt wird, einen bestimmten Anteil seines Lohns auf Sparkonto zu zahlen. In gleicher Weise unzulässig ist nach Nipperdey eine Tarifvertragsbestimmung, welche die Arbeiter verpflichtet, bei einer bestimmten Konsumgenossenschaft, die dem Arbeitgeber gehört, einzukaufen. ⁴⁾ Denn der Begriff Inhaltsnorm "umfaßt nur die Regelung des unmittelbaren Inhalts der Arbeitsverhältnisse, also der unmittelbaren Lohn- und Arbeitsbedingungen; er darf nicht in die Sphäre außerhalb des eigentlichen Arbeitsvertrages eingreifen." ⁵⁾ Für den Bereich innerhalb des Arbeitsvertrages bestehen nach Ansicht Nipperdeys keine Schranken. Alle Bestimmungen, die den Lohnanspruch dem Grunde, dem Inhalt und der Höhe nach bestimmen, sind zulässig. Zulässig ist insbesondere eine Tarifnorm, durch welche die Abtretbarkeit oder Verpfändbarkeit des Lohnanspruchs ausgeschlossen wird. ⁶⁾ Vereinbaren die Tarifvertragsparteien die Nichtabtretbarkeit des Lohnanspruchs, so bedeute das keine Verfügungsbeschränkung des Arbeiters, meint Nipperdey, weil dem Arbeitnehmer auf Grund der Vereinbarung von Anfang an nur ein nichtabtretbares Recht zustehe. ⁷⁾ Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf, das unsere Frage zu entscheiden hatte und im Ergebnis wie Nipperdey löste, stützte seine Ansicht noch mit folgender Erwägung: Die Unabtretbarkeit und Unverpfändbarkeit der Lohnansprüche dienen nicht nur dazu, eine Überlastung des Lohnbüros zu steuern, sondern auch dem Schutz des Arbeiters. Durch die entsprechenden Tarifnormen werde verhindert, daß der Arbeiter in unübersehbare Zahlungsschwierigkeiten gerate und gesorgt, daß ihm das Existenzminimum erhalten bleibe.

2) H.-N., II., S. 190.

3) ebenda.

4) a. a. O., S. 190 f.

5) a. a. O., S. 191 f.

6) ebenda.

7) a. a. O., S. 191 f.

b) Nipperdeys Ansicht stimmt mit den in der Rechtsprechung und der Lehre im übrigen vertretenen weitgehend überein. Wir können es uns deshalb ersparen, Näheres dazu wiederzugeben. Allein der Versuch Sieberts, die Grenzen der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis zu bestimmen, verdient Beachtung. Nach seiner Ansicht unterliegen die Rechtspositionen, die ausschließlich dem Individualbereich angehören - die von Siebert sogenannten ursprünglichen Individualrechte - nicht der Bestimmung durch das Kollektiv: "Der individualrechtliche Charakter dieser Position beruht darauf, daß sie in einem so losen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen, daß ihre Unterwerfung unter den Kollektivwillen den Privatbereich des Arbeitnehmers ungebührlich einengen würde, auch wenn ein gewisses Interesse des Arbeitgebers an kollektiver Erfassung besteht." In den Individualbereich genot die Entscheidungs- und Verfügungsbefugnis des Arbeitnehmers über seinen Arbeitslohn und über seine Freizeit. "Das Arbeitsverhältnis dient dazu, dem Arbeitnehmer diese Güter zur Gestaltung seines privaten Lebens zu verschaffen. Daher kann auch die Aufgabe des Kollektivs nur auf die Verschaffung dieser Güter gerichtet sein; ..." Im Gegensatz zu Nipperdey vertritt Siebert die Ansicht, daß die Tarifvertragsparteien die Abtretbarkeit von Lohnansprüchen nicht ausschließen können. Dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf halt er entgegen: Soweit ein Schutz des Arbeiters vor unübersichtbaren Zahlungsverpflichtungen erforderlich ist, "ware es aber Aufgabe des Gesetzgebers, durch Änderung des Abzahlungsgesetzes oder ähnlichen Maßnahmen für einen ausreichenden Schutz des Arbeitnehmers zu sorgen. Den Tarifvertragsparteien und dem Betriebsrat obliegt es nicht, den einzelnen Arbeitnehmer in einer Sphäre, die außerhalb des eigentlichen Arbeitsverhältnisses liegt, zu bevormunden." Zur Individualsphäre rechnet Siebert weiter die freie Verwendung des Lohnes und der arbeitsfreien Zeit. Unzulässig ist es deshalb, den Arbeiter durch Tarifvertrag zum Sparen zu zwingen oder es ihm aufzuerlegen, in einem bestimmten Erholungsheim seinen Urlaub zu verbringen.

Auf den ersten Blick scheint es, als sei Sieberts Ansicht wesentlich von der Nipperdeys verschieden. Bei näherem Zusehen wird man jedoch feststellen, daß sich Siebert nur im Ergebnis von Nipperdey unterscheidet, während er im Ansatz mit diesem übereinstimmt. Ob man die Regelungsbefugnis auf den unmittelbaren Inhalt des Arbeitsverhältnisses beschränkt - so Nipperdey - oder ob man sie vor den "Positionen" haltmachen heißt, die in "losem" Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen - so Siebert - bleibt sich gleich. Dennoch kommt Sieberts Ansicht besondere Bedeutung zu: Siebert hat zutreffend erkannt, daß es irgendeinen Individualbereich gibt, in den die Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht hineinreicht. Mit anderer Begründung werden wir diese These im folgenden bestätigen.

2. Fragt man nach den Grenzen der tarifvertraglichen Vereinbarungsgewalt, so sind zwei Komplexe auseinanderzuhalten. Einmal ist es der Problemkreis, den Nipperdey und auch Siebert behandeln: Auf welche möglichen Bereiche erstreckt sich die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien? Bei dem anderen Problemkreis geht es um folgende Frage: ist die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien unbeschränkt, soweit es um Bestimmungen geht, die einen Bereich betreffen, den die Delegation zur Rechtsetzung umfaßt? Nipperdeys Antwort, es bestehe, soweit sich die Tarifpartner innerhalb der Delegationsgrenzen halten, keine Schranke, ist unzutreffend. Wäre Nipperdeys Ansicht richtig, wäre es nicht einzusehen, warum die Tarifvertragsparteien bei der Vereinbarung der Lohnhöhe an Art. 3 Absatz 2 GG, wie das Bundesarbeitsgericht entschieden hat, gebunden sind. Sie sind es aber deshalb, weil die Vereinbarung der Tarifnormen als Gesetzgebung im materiellen Sinn nach Art. 1 Absatz 3 GG die Grundrechte zu beachten haben. Wenn aber die tarifvertragliche Vereinbarungsgewalt als Rechtsetzungsmacht an Art. 3 GG ihre Schranken findet, ist weiter nicht einzusehen, warum sie nicht auch an alle anderen Grundrechte gebunden sein sollen. So wenig die Kataloge über Gesetzgebungskompetenz des Bundes in den Artikeln 73 ff. GG etwas darüber besagen, ob ein Gesetz, das der Bund in seiner Kompetenz erläßt, verfassungsgemäß ist, so wenig folgt aus der Rechtssetzungsdelegation an die Tarifvertragsparteien die Ermächtigung zu schrankenlosen Eingriffen in die Rechte der Tarifunterworfenen. Der Staat kann durch Delegation der Tarifvertragsparteien nicht mehr Rechte gegenüber den Tarifunterworfenen einräumen, als er selbst ihnen gegenüber hätte, wenn er in eigener Zuständigkeit die Arbeitsbedingungen festsetzte. Die Grundrechte garantieren also dem Arbeiter einen Individualbereich, in den die Macht der Tarifvertragsparteien nicht hineinreicht. Obwohl diese Konsequenz nach den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts über die Lohnungleichheit von Mann und Frau naheliegt, ist sie meines Wissens bis jetzt noch nicht gezogen worden.

Zu beachten ist aber, daß immer nur der Arbeiter in Grundrechten verletzt sein kann und nicht der Arbeitgeber. Denn auch bei beiderseitigem Verbandstarif ist nach der Differenzierungstheorie jeder einzelne Arbeitgeber Vertragspartner. Der Arbeitgeber kann also jederzeit mit der Gewerkschaft Vereinbarungen treffen, die zu treffen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch einen früheren Tarifvertrag gehindert sind. So wenig derjenige, der mit einem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten paktieren möchte durch die Schutzvorschriften des bürgerlichen Rechts zu dessen Gunsten in der Vertragsfreiheit beeinträchtigt ist, so wenig ist es der Arbeitgeber, der an die Gewerkschaft verwiesen ist, über die Arbeitsbedingungen zu verhandeln, die in einem Tarifvertrag geregelt sind.

Als Ergebnis ist folgendes festzuhalten: Ist die Zulässigkeit einer Tarifnorm zu prüfen, so ist zweierlei zu beachten; erstens: haben die Tarifvertragsparteien

Kompetenz zur Regelung dieser Frage? zweitens, soweit man die erste Frage bejaht, verstößt die betreffende Norm gegen das Grundgesetz?

3. Versuchen wir das zuletzt gewonnene Ergebnis an Beispielen praktisch werden zu lassen!

Als erstes nehmen wir eine Tarifnorm, an deren Zulässigkeit niemand Zweifel hat: die Bestimmungen über den Arbeitslohn. Keine Bedenken bestehen gegen die Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien hinsichtlich der Lohnfestsetzung. Zu untersuchen ist, ob durch diese Regelungen das Grundrecht der Vertragsfreiheit verletzt ist. Tatsächlich eingeschränkt ist sie, denn dem Arbeitnehmer ist die Möglichkeit genommen, mit dem Arbeitgeber einen untertariflichen Lohn zu vereinbaren. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit nach Art. 2 Absatz 1 GG ist dann zulässig, wenn die Normen über die Löhne der verfassungsmäßigen Ordnung entsprechen. Wir haben an anderer Stelle schon festgestellt, daß wir sowohl nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts als auch nach der in der Literatur herrschenden Meinung darauf verwiesen werden, zu prüfen, ob die betreffende Norm vom Sozialstaatsprinzip gedeckt ist.⁸⁾ Für die Lohnnormen bedarf es keiner weiteren Ausführungen: die Festsetzung zwingender Löhne ist ein Paradebeispiel für **Schutzbestimmungen** zugunsten der Arbeitnehmer.

Aber nicht jede Norm, die den Schutz der Arbeiter bezweckt, ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, denn die abstrakte Schutztendenz macht nicht die Zulässigkeit der Norm aus. Da jede Norm, die den Schutz der Arbeiter bezweckt, eine Freiheitseinschränkung bedeutet, ist jeweils zu untersuchen, ob diese Norm erforderlich ist, die gestörte Gleichheitsordnung wiederherzustellen. Das bedeutet: Arbeitsbedingungen, die während einer schlechten Konjunkturlage erforderlich sind, können in Zeiten der Hochkonjunktur entbehrlich sein.⁹⁾ Zum Beispiel ist nicht einzusehen, warum die Vorschriften über die Altersgrenze bei großem Mangel an Arbeitskräften zwingend sein sollen. Keine Bedenken dürfen dagegen bestehen, die Entscheidung, ob jemand nach Erreichung der Altersgrenze weiter arbeiten will, dem betreffenden selbst zu überlassen.

8) Vgl.: § 22, 1 c.

9) Hier zeigt sich eine Parallele zu den Höchstpreisvorschriften im Mietrecht. Der Gesetzgeber glaub, daß der kriegsbedingte Wohnungsmangel immer mehr abnehme und der Wohnungsmarkt sich zunehmend normalisiere. Daraus hat er die Konsequenz gezogen und begonnen die Wohnungszwangswirtschaft abzubauen. (Gesetz vom 23. 6. 1960 über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht BGBI. I, S. 389) vgl. dazu M. -D., Anm. 61 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

Für jede einzelne Tarifnorm sind also wie für die materielle Zulässigkeit der Delegation die Fragen zu beantworten:

1. Ist der Arbeiter schutzbedürftig?
2. Verlangt die Schutzbedürftigkeit einen Eingriff?
3. Welcher Eingriff garantiert optimalen Erfolg bei minimaler Freiheitsbeschränkung?

Nicht durch die Sozialstaatsklausel gedeckt ist insbesondere, daß die Tarifvertragsparteien Höchstlöhne festsetzen. Nur Mindestlöhne dienen dazu, die Ungleichheit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu beheben. Deshalb ist der tarifvertragliche Ausschluß des Günstigkeitsprinzips unzulässig.

Was ist von der Tarifnorm zu halten, durch welche die Abtretbarkeit von Lohnansprüchen ausgeschlossen ist. Haben die Tarifvertragsparteien die Kompetenz eine derartige Tarifnorm zu vereinbaren? Wie wir gesehen haben, gehen hier die Meinungen auseinander. Um die Kompetenz der Tarifpartner zu bestimmen, wird man in entsprechender Art jene Überlegungen anstellen, die man zur Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern heranzieht. Im Zweifel, wird man sagen, spricht auch hinsichtlich der Tarifpartner die Vermutung für ihre Kompetenz.¹⁰⁾ Diese Regel folgt aus der Zuständigkeitsordnung nach dem Subsidiaritätsprinzip; soweit es nach dem Wortlaut des Tarifvertragsgesetzes gerechtfertigt ist, steht die Kompetenz den Tarifpartnern zu. Es bleibt also bei der Abgrenzungsformel, welche die herrschende Meinung verwendet: Inhaltsnormen sind die Normen, die mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen, auch wenn es sich – entgegen Siebert – nur um einen losen Zusammenhang handelt. Danach ist die Bestimmung über die Unabtretbarkeit Inhaltsnorm.

Ist der tarifvertragliche Ausschluß der Abtretbarkeit aber auch mit dem Grundgesetz vereinbar? Der Schutz der Arbeiter vor dem wirtschaftlichen überlegenen Arbeitgeber erfordert nicht, die Lohnansprüche unabtretbar zu machen. Ist die Unabtretbarkeit der Lohnansprüche vielleicht als Ordnungsbestimmung allgemeiner Art zulässig? Ähnlich wie der Staat zur Wahrung der Friedensordnung Maßnahmen ergreift, sind auch die Tarifvertragsparteien berechtigt, für die betriebliche Ordnung Normen aufzustellen. Zu denken ist dabei zum Beispiel an Vorschriften über Stechen der Arbeitskarten, Getränkeholen während der Arbeitszeit, auch an die Abschlußnormen und anderes mehr. Gegen die Regelung dieser und ähnlicher Fragen im Tarifvertrag bestehen keine Bedenken, zumal es denkbar ist, daß der Arbeitgeber dann, wenn der Tarifvertrag keine Regelung enthält, den Arbeitern unter Ausnutzung seiner wirtschaftlichen Vorrangstellung seinen Willen aufzwingt. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß jede Ordnungsnorm beliebigen Inhalts zulässig ist. Im Einzelfall müssen auch für die Ordnungsnor-

10) Vgl. dazu MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, S. 186 ff., 192 ff.; auch BVerfGE Bd. 3 S. 407, 420 f.; 4 S. 74.

men die Voraussetzungen vorliegen, die diese Freiheitsbeschränkungen rechtfertigen.

Auf unser Beispiel angewandt bedeutet das: Das Interesse des Arbeitgebers die Mehrarbeit seiner Buchhaltung zu verhindern, die infolge der Abtretung und insbesondere von Teilabtretungen der Lohnforderung entsteht, müßte die Freiheitseinschränkung rechtfertigen. Das ist jedoch nicht der Fall, zumal der Arbeitgeber anderweitig gegen Überlastung seiner Buchhaltung geschützt ist. Bereits das Reichsgericht hat ausgesprochen, daß eine Teilabtretung nur insoweit möglich ist, als der Schuldner - das ist hier der Arbeitgeber - nicht unzumutbar beschwert wird.¹¹⁾ Im übrigen hilft § 270 Absatz 3 BGB. Nach dieser Bestimmung fallen dem Gläubiger die Mehrkosten zur Last, wenn sich die Kosten der Übermittlung des Geldes nachträglich erhöhen, weil sich der Wohnsitz des Gläubigers geändert hat. Diese Bestimmung trifft zwar nicht unmittelbar die Fälle der Abtretung; eine entsprechende Anwendung auf die Kostenerhöhung durch Teilabtretungen ist aber wegen der gleichen Interessenlage geboten. Dann erhält der Arbeitgeber für Mehrarbeit seiner Buchhaltung Ersatz. Die Tarifnorm über die Unabtretbarkeit ist deshalb unzulässig.

Unzulässig ist auch die Tarifnorm, die den Angestellten einer Bank auferlegt, nur nach Zensur durch den Vorstand etwas über Bankwesen zu publizieren. Niemand wird einer Bank das Recht bestreiten, ihren Angestellten Schweigen hinsichtlich der Bankgeheimnisse aufzuerlegen. Es geht aber nicht an, deshalb generell alle Fachpublikationen zu zensieren. Dadurch würde der Freiheitsbereich der Bankangehörigen unverhältnismäßig eingeengt.

Unzulässig sind weiter auch alle Bestimmungen darüber, wie der Arbeitslohn zu verwenden sei. Man mag für derartige Normen den Tarifvertragsparteien die Regelungskompetenz zusprechen; derartige Normen sind aber verfassungswidrig, da sie weder zur Herstellung der Gleichheitsordnung noch zur Wahrung der betrieblichen Ordnung dienen.

11) RGZ Bd. 146, S. 399, 404.

WIRKSAMKEITSERFORDERNISSE DER TARIFNORMEN

1. Zwei Erfordernisse, von denen die Wirksamkeit der Tarifnormen abhängt, sind besonders hervorzuheben. Das ist einmal die Notwendigkeit der Publikation des Tarifvertrags. Es entspricht den Grundsätzen des modernen Rechtsstaats, daß ein Gesetz erst dann in Kraft tritt, wenn es verkündet worden ist. ¹⁾ Der Grund dafür ist einfach und einleuchtend: der Bürger darf nicht mit einem behördlichen Ge- oder Verbot überfallen werden, wenn er nicht wenigstens die Möglichkeit hatte, sich selbst zuvor darüber zu orientieren, was von ihm verlangt wird. Da die Tarifnormen Gesetz im materiellen Sinne sind, gilt das Publikationsgebot auch für sie. § 7 TVG verpflichtet die Arbeitgeber, die für ihren Betrieb maßgebenden Tarifverträge an geeigneter Stelle im Betriebe auszulegen. Man könnte Zweifel haben, ob diese Bestimmung dem Publikationsgebot genügt. Denn einmal könnte man nach dem Wortlaut: "Die Arbeitgeber sind verpflichtet" meinen, die Wirksamkeit des Tarifvertrages werde nicht dadurch bedingt, daß er ausgelegt wird. Nach ganz herrschender Meinung, tritt der Tarifvertrag in Kraft, auch wenn es der Arbeitgeber versäumt, ihn auszulegen. ²⁾ Diese Deutung des § 7 TVG ist jedoch nicht überzeugend. Da nach unserer Auffassung die Publikation eines Gesetzes Wirksamkeitsvoraussetzung ist, sind wir gehalten, diese Bestimmung anders zu interpretieren als die herrschende Meinung. Zieht man vergleichsweise die Vorschrift über die Veröffentlichung der Polizeiverordnungen heran, so kann man folgern, daß ein Auslegen des Tarifvertrags, wie es § 7 TVG vorsieht, als Veröffentlichung genügt. § 44 Absatz 1 Satz 2 des rheinland-pfälzischen Polizeiverwaltungsgesetzes ³⁾ bestimmt folgendes: "Bezirks- und Kreispolizeiverordnungen sind in amtsüblicher, Ortspolizeiverordnungen in ortsüblicher Weise zu verkünden." Verkündung in ortsüblicher Weise bedeutet insbesondere für Landgemeinden Aushang an den allgemein zugänglichen Anschlagbrettern. Dann ist § 7 TVG dahingehend zu interpretieren, daß das Auslegen des Tarifvertrags zwingende Voraussetzung für seine Wirksamkeit ist.

2. Als zweites ist bei jedem Tarifvertrag zu beachten, ob Art. 19 Absatz 1 Satz 2 GG berücksichtigt ist. Soweit eine Tarifnorm ein durch Gesetz für einschränkbar erklärtes Grundrecht einschränkt, muß das Grundrecht unter Angabe des Artikels genannt werden.

1) Vgl. zur Bedeutung dieses Grundsatzes für den Tarifvertrag, JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 259 f.

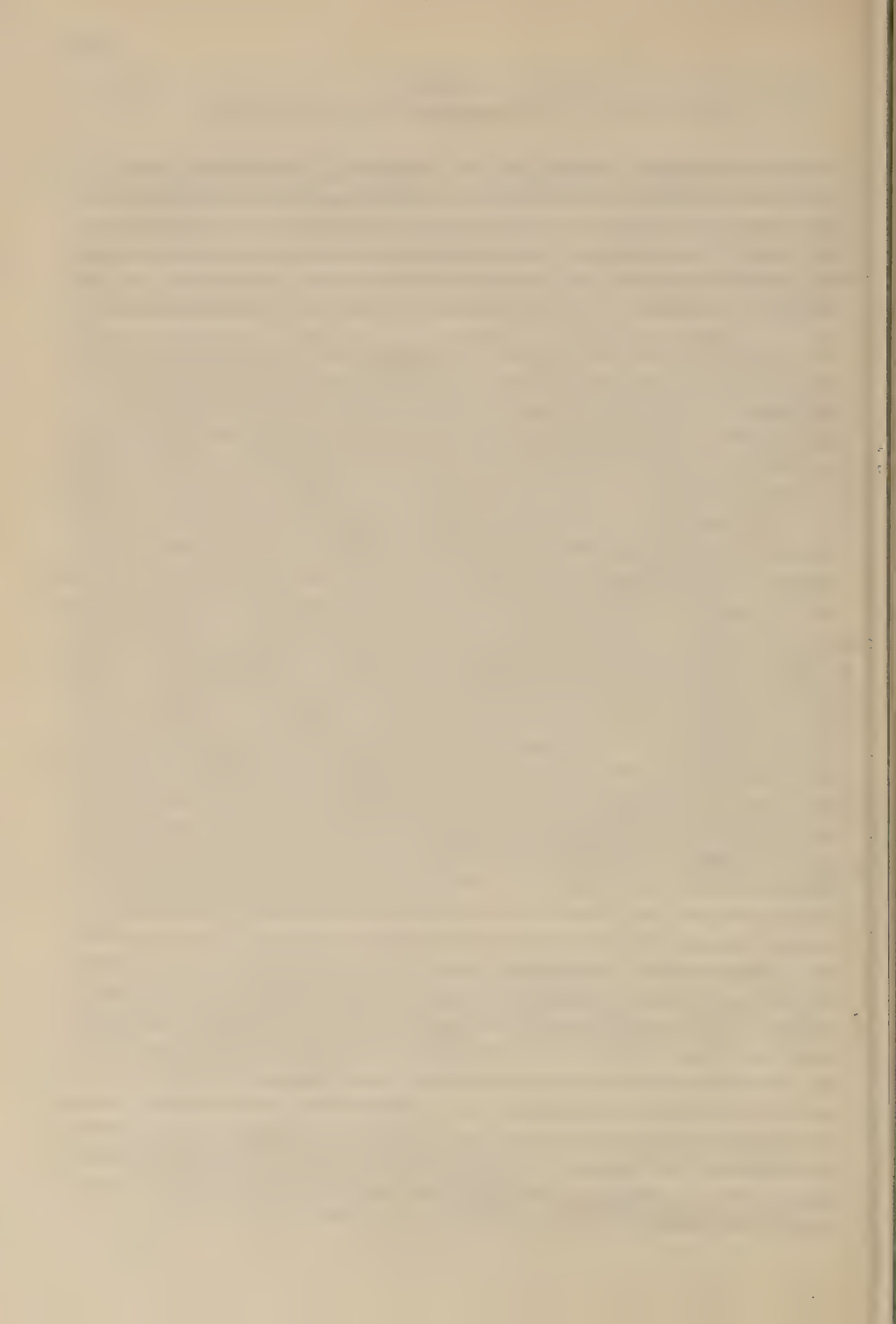
2) H.-N.-T., Anm. 1 zu § 7 TVG; MAUS, Tarifvertragsgesetz, Anm. 5 zu § 7 TVG.

3) Gesetz vom 26. März 1954 (GVBl. S. 31).

§ 35 SCHLUSS

Eine Zusammenfassung der im Laufe der Untersuchung gewonnenen Ergebnisse erübrigt sich, da die Arbeit nur das eine zum Gegenstand hatte: das Verhältnis der unabdingbaren Tarifnormen zur Gestaltungsfreiheit des einzelnen zu bestimmen. Eine solche Zusammenfassung wäre nichts anderes als die Wiederholung dessen, was das Ergebnis des Paragraphen über die Schranken der tarifvertraglichen Regelungsgewalt voraussetzt. Wir wollen zum Schluß nur einen Punkt hervorheben:

Die Bindung der Arbeitnehmer an die Bedingungen des Tarifvertrages hat bereits seit Aufkommen dieses Institutes nicht aufgehört, die juristischen Gemüter zu beschäftigen. Vor allem Sinzheimer und Jacobi haben in meisterhafter Form die Probleme des neuen Institutes Tarifvertrag herausgestellt und behandelt. Diesen Deutungsversuchen des Tarifvertrags aus der Anfangszeit des Tarifvertragsrechts ist in unserer Zeit nur der Ramms gleichzustellen. Alle anderen Theorien insbesondere auch die herrschende Lehre treffen nicht das Wesen des Tarifvertrags. Wenn wir auch in allen entscheidenden Punkten Jacobi und Ramm widersprochen haben, so müssen wir doch zugestehen, daß diese beiden Theorien in ganz besonderem Maße zur Klärung des Tarifvertrags und seiner Bindungswirkung für die Arbeitnehmer beigetragen haben. Dabei beschränkte sich Sinzheimer und Jacobi nicht darauf, eine arbeitsrechtliche Spezialfrage zu behandeln. Sie sahen in der Institution des Tarifvertrags eine Rechtsfigur, die nicht zu begreifen war, ohne die Stellung des einzelnen im Staat neu zu durchdenken. Deshalb ist Jacobis Buch, Grundlehren des Arbeitsrechts, kein Lehrbuch, das über die einschlägigen Probleme des Arbeitsrechts Auskunft gibt, es ist vielmehr der großangelegte Versuch eines Staatsrechtlers in der Rechtsordnung der Weimarer Zeit, die zum ersten Mal in Deutschland das Verhältnis des einzelnen zur Gesellschaft nicht mehr als Untertanenverhältnis begriff, Privatbereich und öffentlichen Bereich gegeneinander abzugrenzen. Die Behandlung eines Spezialgebiets aus einem scheinbar abgelegenen Rechtsgebiet eröffnete ihm also den Zugang zu dem uralten und aktuellen Hauptproblem des Staatsrechts und zwar auf einem bisher nicht begangenen Weg. Dabei zeigte es sich in einem anderen unerwarteten Aspekt. Für Sinzheimers Buch, *Das Arbeits-tarifgesetz*, gilt Entsprechendes: Zwar war es sein Hauptanliegen, die Gesetzgebung für ein Tarifvertragsgesetz vorzubereiten. Er ging jedoch über seine Aufgabe hinaus und folgte aus seiner Bemühungen ein allgemeines Prinzip, das er die Idee der sozialen Selbstbestimmung nannte. Die vorliegende Arbeit soll dazu beitragen, die Fragen, die Sinzheimer und Jacobi bewegten, neu zu stellen und eine Gegenthese zur Theorie Ramms zu liefern. Wir haben gesehen, daß das Problem der zwingenden Wirkung der Tarifnormen im Verhältnis zur Gestaltungsfreiheit im Arbeitsvertrag an Bedeutung nichts eingebüßt hat und hoffen, daß unsere Überlegungen einen kleinen Schritt weiterhelfen, es zu lösen.



L I T E R A T U R

- ABENDROTH, Wolfgang Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland: in: W. Abendroth, H. Sultan, Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie, Hannover, Frankfurt, 1955.
- ABENDROTH, Wolfgang Die deutschen Gewerkschaften, Heidelberg, 1955.
- ABENDROTH, Wolfgang Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft (Aussprache), in: VVDStRL Bd. 11, S. 141.
- ARISTOTELES Metaphysik, hrsg. und übers. von P. Gohlke, Paderborn, 1951.
- ARISTOTELES Politik, übers. von E. Rolfes, Leipzig, 1943.
- ARMBRUSTER, Hubert "Föderalismus", in: Staatslexikon Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Freiburg, 6. Aufl., 1959, Bd. 1.
- AUER, Wolfgang Die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, Diss., Mainz, 1963.
- BACHOF Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: VVDStRL Bd. 12, S. 42.
- BALL, Hugo Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe, Berlin, 1904.
- BALLERSTEDT, Kurt Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit, in: DÖV 1954, S. 159.
- BALLERSTEDT, Kurt Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, in: JZ 1951, S. 486.
- BALLERSTEDT, Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Teil 1, S. 1, Berlin, 1958.
- BANDHOLZ, Emil Die englischen Gewerkschaften, Köln, 1961.
- BAREU, N British Trade Unions, London, 1947.
- BAUER, C "Liberalismus", in: Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, 6. Aufl., Freiburg, 1960, Bd. 5.

- BAUM Die rechtliche Natur des kollektiven Arbeitsvertrags, in: Gruchots Beiträge Bd. 49 (1905), S. 261.
- BECKER Die Tarifnormenkollision, Leipzig, 1924.
- BECKER, Emil Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters Bd. I, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1956, S. 113.
- BEITZKE, Günther Anmerkung zum Urteil des BAG vom 15. Januar 1955, in: AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.
- BEITZKE, Günther Anmerkung zum Urteil des LAG. Hamm vom 30.11.1949, in: RdA 1951, S. 39.
- BEITZKE, Günther Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsrecht, in: RdA 1953, S. 281.
- BEITZKE, Günther Gleichheit von Mann und Frau, in: Neumann - Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 222.
- BENDER, Ulrich Theorien der gemeindlichen Selbstverwaltung. Das Selbstverwaltungsrecht als Naturrecht, Diss., Mainz, 1962.
- BENNER, Jürgen Die amerikanischen Tarifverträge, in: GewMH 1953, S. 566.
- BERNSTEIN, E. Die Voraussetzungen des Sozialismus, Stuttgart, 1899.
- BERTRAMS, Wilhelm Vom Sinn des Subsidiaritätsgesetzes, in: Orientierung, 21. Jhrg. der "Apologetischen Blätter", Nr. 7 (vom 15.4.1957), S. 76.
- BERTRAMS, Wilhelm Das Subsidiaritätsprinzip, ein Mythos? in: StdZ 1956, H. 11 S. 388.
- BERTRAMS, Wilhelm Subsidiaritätsprinzip und Kirche, in: StdZ 1957, H. 10 S. 252.
- BETTERMANN Die "kleine Mietpreisreform" und ihre Rechtsgültigkeit, in: JZ 1952, S. 65.

- BINDING, Karl Zum Werden und Leben der Staaten: Die Gründung des Norddeutschen Bundes, S. 95, Die Vereinbarung, S. 189, München, Leipzig, 1920.
- BISCHOFF, H. A. Der Frauenlohn, in: BB 1950, S. 427.
- BOBROWSKI, Paul Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung, 4. Aufl., Heidelberg, 1962.
- BÖCKENFÖRDE, Werner Der Allgemeine Gleichheitssatz, Berlin, 1957.
- BOGS, Walter Autonomie und verbandliche Selbstverwaltung im modernen Arbeits- und Sozialrecht, in: RdA 1956, S. 1.
- BOGS, Walter Zur Entwicklung der Rechtsform des Tarifvertrages, in: Festschrift für Julius v. Gierke, Berlin, 1950, S. 39.
- Bonner Kommentar siehe Kommentar zum Bonner Grundgesetz.
- BOOS, Roman Der Gesamtarbeitsvertrag nach schweizerischem Recht, München, Leipzig, 1916.
- BORKOWETZ, F. Kollektivvertragsgesetz, 2. Aufl., Wien, 1956.
- BRAUN, L. Memoiren einer Sozialistin, Berlin, 1922.
- BRENNER, Günter Gelten die Grundrechte auch für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand?, in: BB 1962, S. 727.
- BRISCH, U. Rechtsstellung der deutschen Gewerkschaften, Göttingen, 1951.
- BÜHRIG Besprechung des TVG von Maus, in: Die Quelle, März 1957.
- BÜLOW, Oskar Das Geständnisrecht, Freiburg i.Br., Tübingen, 1899.
- BULIUS Das Begünstigungsprinzip nach neuem Recht, Diss., Köln, 1953.
- BUTZ, H. Tarifrecht und Leistungsprinzip, in: Betr. 1953, S. 401.
- CALOMIRIS, D. K. Der normative Teil des Tarifvertrages, München, 1955.
- CAROLSFELD, Schnorr v. Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen, 1954.

- CASSAU, Theodor Die Gewerkschaftsbewegung, Halberstadt, 2. Aufl., 1930.
- CLAUSEWITZ Vom Kriege, Berlin, 1834.
- CODE DU TRAVAIL (Daloz) Paris, 1960.
- COLE, G. D. H. A short History of the British Working Class Movement 1789 - 1947, London, 1952.
- CONSTANT, Benjamin De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne, 1814, übers. von H. Zbinden, Bern, 1942.
- CUNOW, Heinrich Die Marxsche Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie, Berlin, 1920.
- DAHRENDORF, Ralf Soziale Klassen und Klassenkonflikt in der industriellen Gesellschaft, Stuttgart, 1957.
- DECHANT Der Kollektivvertrag nach österreichischem und deutschem Recht, Wien, Leipzig, München, 1923.
- DEITING Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Rechtssicherheit und Rückwirkung von Steuergesetzen, in: Steuer und Wirtschaft 1955, Sp. 30.
- DENNINGER, Erhard Zum Begriff des Wesensgehaltes in der Rechtsprechung, (Art. 19 Abs. II GG), in: DÖV 1960, S. 812.
- DIEHL, Karl Der Einzelne und die Gemeinschaft. Überblick über die wichtigsten Gesellschaftssysteme vom Altertum bis zur Gegenwart: Individualismus, Kollektivismus, Universalismus, Jena, 1940.
- DIETZ Die Koalitionsfreiheit, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III Teil 1, Berlin, 1958, S. 417.
- DIETZ Das Monopol der Sozialpartner und die Betriebsvereinbarung, in: RdA 1955, S. 241.
- DIRKS, Walter Marxismus in christlicher Sicht, in: Frankfurter Hefte, 1947, S. 125.
- DOEMMING, Klaus-Berto v.
- FÜSSLEIN, Rudolf Werner Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: JbÖR NF Bd. 1, 1951.
- MATZ, Werner

- DÜRIG, Günter Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 16. Januar 1957, in: JZ 1957, S. 169.
- DÜRIG, Günter Art. 2 und die polizeiliche Generalklausel, in: AöR Bd. 40 NF, S. 57.
- DÜRIG, Günter Art. 9 GG in der Kartellproblematik, in: NJW 1955, S. 730.
- DÜRIG, Günter Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von H. Nawiasky, München, 1956, S. 157.
- DÜRIG, Günter Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR Bd. 42 NF, S. 117.
- DÜRIG, Günter Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, in: JR 1952, S. 259.
- DÜRIG, Günter Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, in: JZ 1953, S. 193.
- EBEL, Wilhelm Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im deutschen Mittelalter, Weimar, 1934.
- ECKL, Rudolf Die Probleme der Gewerkschaftsbewegung in der Bundesrepublik Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg, Diss., Zürich, 1960.
- EICHLER, Willy
JUNKER, Heinz
WUTHE, Gerhard Ordnungsvorstellungen des demokratischen Sozialismus, Menschenwürdige Gesellschaft, Düsseldorf, 1960.
- EHMKE, Horst Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDSTRI Bd. 20, S. 53.
- EHMKE, Horst Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe, 1961.
- ELLERINGMANN, Rudolf Grundlagen der Kommunalverfassung und Kommunalaufsicht, 1957.
- ENGELS, Friedrich Die Lage der arbeitenden Klassen in England, Stuttgart, 1892.
- ENNECCERUS, Ludwig
NIPPERDEY, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Tübingen, 1959.

- ERDEL Das System der indirekten Lohngesetzgebung im neuen Arbeitsrecht, in: JW 1922, S. 1706.
- ERDMANN Die soziale Selbstverwaltung in ihrer rechts- und staatspolitischen Bedeutung, in: Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht, Festschrift für Friedrich Sitzler, 1956, S. 43.
- ETTINGER Arbeitsnormenvertrag und Schadensersatzpflicht wegen Verrufserklärungen, in: Verh. d. 29. DJT, 1908, Bd. 4 (Gutachten), S. 83.
- EUCKEN, Walter Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., Tübingen, Zürich, 1960.
- EUCKEN, Walter Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, in: Ordo Bd. 2, 1949, S. 1 ff.
- EYERMANN, Erich Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl., München, Berlin, 1962.
- FRÖHLER, Ludwig
- EYRICH, Heinz Die Eigenart der modernen Regelung des Tarifvertrages, Diss., Freiburg, 1955.
- FABRICIUS, Fritz Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen durch Tarifvertrag, in: ZStW Bd. 111, S. 354.
- FECHNER, Erich Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen, 1953.
- FECHNER, Erich Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, in: RdA 1955, S. 161.
- FECHNER, Erich Nochmals: Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, Tübingen, 1962.
- SCHNEIDER, Peter
- FEDERICI, Frederico Der deutsche Liberalismus. Die Entwicklung einer politischen Idee von Immanuel Kant bis Thomas Mann, Zürich, 1944.
- FIRNHABER, Ulrich Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertragsrecht, Diss., Kiel, 1951.
- FLEINER, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen, 1928.
- FORSTHOFF, Ernst Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDSTRL. Bd. 12, S. 8.

- FORSTHOFF, Ernst Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen, 1931.
- FORSTHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München, Berlin, 1961.
- FORSTHOFF, Ernst Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Investitionshilfe, in: BB 1953, S. 421.
- FORSTHOFF, Ernst Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart, 1961.
- FORSTHOFF, Ernst Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert, in: ZStW 1936, S. 49.
- FORSTHOFF, Ernst Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959.
- FORSTHOFF, Ernst Der totale Staat, Hamburg, 1933.
- FORSTHOFF, Ernst Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschr. für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35.
- FORSTHOFF, Ernst Verfassungsprobleme des Sozialstaats, Münster, 1954.
- FRIESENHAHN, Ernst Staatsrechtslehre und Verfassung, Krefeld, 1950.
- FRÖHLER, Ludwig Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammer, München, Berlin, 1957.
- FRÖHLICH, Peter Der Tarifvertrag, Köln, 1951.
- FÜRTH, Frhr. August von Die Ministerialen, Köln, 1836.
- FURTWÄNGLER, Franz Die Gewerkschaften, Hamburg, 1956.
Josef
- GALPERIN Gleicher Lohn für Mann und Frau, in: JZ 1956, S. 105.
- GAUL, D. Die Bedeutung der Frauenlohnurteile des Bundesarbeitsgerichtes für die Tarifpraxis und ILO Übereinkommen 100, in: RdA 1955, S. 361.
- GAUL, D. Der Frauenlohn in den Tarifverträgen, in: RdA 1956, S. 254.
- GAYLER, J.L. Industrial Law, London, 1955.
- GEIGER Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, Berlin, 1955.

- GEPPERT, Theodor Teleologie der menschlichen Gemeinschaft, Münster, 1955.
- GERBER, Hans Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, in: AöR 81, S. 1.
- GEYSEN, R. Les contrats collectifs en droit belge, Auszug aus der Revue de droit social et des tribunaux du travail, Brüssel, 1950.
- GIACOMETTI, Z. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. 1, Zürich, 1960.
- GIERKE, Otto von Das deutsche Genossenschaftsrecht, unveränderter Nachdruck der 1. Ausg., Darmstadt, 1954.
- GIERKE, Otto von Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887.
- GIERKE, Otto von Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft (Schmollers Jahrbuch), Leipzig, 1883, S. 1097.
- GIERKE, Otto von Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Leipzig, 1895.
- GIERKE, Otto von Die Zukunft des Tarifvertragsrechts, in: Arch. f. Soz. Wiss. Bd. 42, S. 815.
- GIGER, G. Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, Bern, 1951.
- GNEIST Selfgovernment, Kommunalverfassung und Verwaltungsgerichte in England, 3. Aufl. 1876.
- GOLDSCHMIDT, Heinz Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Frankfurt/Main, 1949.
- GROTE, Hermann Der Streik, Köln, 1952.
- Grundsatzprogramm der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands Beschlossen vom Außerordentlichen Parteitag der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands in Bad Godesberg vom 13. bis 15. November 1959, Köln, o. J.
- GUNDLACH, Gustav Solidarismus, Einzelmensch, Gemeinschaft, in: Gregorianum 17 (1936) S. 265.
- GUNDLACH, Gustav Stand und Klasse, in: StdZ 117 (1929), S. 284.

- GYSIN, A. Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, in: RdA 1950, S. 4.
- HAAS Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: DÖV 1954, S. 70.
- HAAS Landesverordnungen aufgrund bundesgesetzlicher Ermächtigung, in: DVBl 1954, S. 241.
- HAMANN, Andreas Die Freiheit der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Bereich, in: BB 1955, S. 105.
- HAMANN, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, 2. Aufl., Darmstadt, 1961.
- HAMANN, Andreas Nochmals "Die verfassungsmäßige Ordnung", in: BB 1957, S. 341.
- HAMANN, Andreas Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg, 1953.
- HAMANN, Andreas Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, Heidelberg, 1958.
- HAMANN, Andreas Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Darmstadt, 1958.
- HANNES Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, Diss., Münster, 1954.
- HATSCHEK, Julius Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig, Erlangen, 1919.
- HAUEISEN Öffentlich - rechtliche Vorfragen im Zivilprozeß, in: NJW 1953, S. 121.
- HAYEK, F.A. Wahrer und falscher Individualismus, in: Ordo Bd. 1, 1948, S. 19.
- HAYEK, F.A. Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Zürich, 1952.
- HEDEMANN Besprechung: E. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, in: VA 1927, S. 472.
- HEIMANN, Eduard Kapitalismus und Sozialismus, Potsdam, 1931.
- HEIMANN, Eduard Sozialistische Wirtschafts- und Arbeitsordnung, Offenbach, 1948.
- HEIMANN, Eduard Wirtschaftssysteme und Gesellschaftssysteme, Tübingen, 1954.

- HEMALA, Franz Geschichte der Gewerkschaften, 2. Aufl., Wien, 1930.
- HENGSTENBERG, H. E. Philosophische Begründung des Subsidiaritätsprinzips, in: Das Subsidiaritätsprinzip, hrsg. von Utz, S. 19.
- HENGSTENBERG, H. E. Grundlegung zu einer Metaphysik der Gesellschaft, Nürnberg, 1949.
- HERKNER, Heinrich Die Arbeiterfrage, 2 Bde., 8. Aufl., Berlin, Leipzig, 1922.
- HERSCHEL, Wilhelm Fragen des Tarifrechts, in: BABI 1950, S. 377.
- HERSCHEL, Wilhelm Gleichberechtigung der Frau und Lohnleichheit, in: BB 1955, S. 290.
- HERSCHEL, Wilhelm Tariffähigkeit und Tarifmacht, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1932.
- HERSCHEL, Wilhelm Das Tarifvertragsgesetz des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, in: ArbBl 1949, S. 22.
- HEYDE, L. Internationales Handwörterbuch des Gewerkschaftswesens, Berlin, 1932.
- HOBBS, Th. Leviathan oder von Materie, Form und Gewalt des kirchlichen und bürgerlichen Staates, 1651, hrsg. und eingel. von J. P. Mayer, Zürich, Leipzig, 1936.
- HOFFMANN - WALDORF Das Mitbestimmungsrecht beim Rauchverbot, in: RdA 1955, S. 63.
- HOHOFF, Wilhelm Die Bedeutung der Marxschen Kapitalkritik, Paderborn, 1908.
- HOLLERBACH Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung, in: AöR Bd. 85, S. 241.
- HUBER, Ernst Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, II, in: DÖV 1956, S. 135; Schluß, in: DÖV 1956, S. 205.
- HUBER, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen, 1953, (zit. Huber, I).
- HUBER, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen, 1954 (zit. Huber, II).

- HUBER, Hans Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern, 1955, S. 95.
- HUBER, Hans Staat und Verbände, Tübingen, 1958.
- HUECK, Alfred Die Bedeutung des Art. 3 des BGG für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, Köln, 1951.
- HUECK, Alfred Besprechung: E. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, in: AÖR NF Bd. 14, S. 461.
- HUECK, Alfred Erweiterung des Mitbestimmungsrechts durch Tarifvertrag, in: BB 1952, S. 925.
- HUECK, Alfred Der Schweizer Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag, in: RdA 1951, S. 41.
- HUECK, Alfred Die Frage der tarifrechtlichen Zulässigkeit von Solidaritätsbeiträgen nach geltendem deutschem Recht, in: RdA 1961, S. 141.
- HUECK, Alfred Normenverträge, in: Iherings Jahrbücher Bd. 73, S. 47.
- HUECK, Alfred Das Recht des Tarifvertrags unter besonderer Berücksichtigung der Verordnung vom 23. 12. 1918, Berlin, 1920.
- HUECK, Alfred Torkontrolle und Betriebsvereinbarung, in: RdA 1950, S. 137.
- HUECK, Alfred Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, (Hueck), Berlin, Frankfurt, 1963 (zit. H. -N., I.).
- NIPPERDEY, Hans Carl Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, (Nipperdey), 1. -2. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig, 1930.
3. -5. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig, 1932.
6. Aufl., Berlin, Frankfurt, 1957 (zit. H. -N., II.).
- HUECK, Alfred Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl.
NIPPERDEY, Hans Carl München, Berlin, 1955 (zit. H. -N. -T.).
TOPHOVEN, Ernst
- HUECK, Götz Zur kollektiven Gestaltung der Einzelarbeitsverhältnisse, in: Festschrift für E. Molitor, München, Berlin, 1962, S. 203.

- HÜGLIN, Albert Der Tarifvertrag zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, in: Münchner volkswirtschaftliche Studien, 1906.
- HUG, Walter Probleme des kollektiven Arbeitsrechts in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, München, o.J., Heft 3, 2. Folge der kleinen Schriften zur Sozialpolitik und zum Arbeitsrecht.
- HUMPHREY, Hubert H. Die Bedeutung des Taft Hartley Gesetzes, in: GewMH 1951, S. 510.
- JACOBI, Erwin Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927, o. Aufl.
- JACOBI, Erwin Einführung in das Gewerbe- und Arbeitsrecht, 5. Aufl., Leipzig, 1926.
- JACOBI, Erwin Rechtsverordnung, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, S. 236, Tübingen, 1932.
- JADESON Das Arbeitsrecht der Vereinigten Staaten, München und Berlin, 1952.
- JELLINEK, Georg Gesetz und Verordnung, Tübingen, 1919.
- JELLINEK, Georg Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin, 1920.
- JELLINEK, Walter Die Entlohnung der Frau und Art. 3 GG, in: BB 1950, S. 425.
- JELLINEK, Walter Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft (Aussprache), in: VVDStRL Bd. 11, S. 124.
- JELLINEK, Walter Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin, 1948.
- IMBODEN, Max Gemeindeautonomie und Rechtsstaat, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich, 1953, S. 89.
- IMBODEN, Max Normkontrolle und Norminterpretation, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Berlin, 1961, S. 133.
- JOSTOK, Paul Der Ausgang des Kapitalismus. Ideengeschichte seiner Überwindung, München, Leipzig, 1928.

- IPSEN, H. P. Enteignung und Sozialisierung, in: VVDStRL Bd. 10, S. 74.
- IPSEN, H. P. Rechtsfragen der Investitionshilfe, in: AöR Bd. 78, Bd. 39 NF, S. 284.
- IPSEN, H. P. Rechtsfragen berufsständischer Zwangsversorgung, in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet, Berlin, 1954.
- ISELE, Helmut Georg Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, in: JR 1960, S. 289.
- JUNKER, Heinz siehe Eichler, Willy.
- KANT, Immanuel Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, 1784, Braunschweig, 1947.
- KANT, Immanuel Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, 1784, hrsg. von K. Vorländer, Leipzig o.J.
- KANT, Immanuel Kritik der reinen Vernunft, 1. Ausgabe Riga, (A), 1781, hrsg. von W. Weischedel, Bd. 2 der Werke, Darmstadt, 1960.
- KANT, Immanuel Kritik der praktischen Vernunft, 1788, hrsg. von J. Kopper (Reclam), Stuttgart, 1961.
- KANT, Immanuel Metaphysik der Sitten, 1797 ff., hrsg. von K. Vorländer, 4. Aufl., Leipzig, 1922.
- KAHN-FREUND Über einige charakteristische Grundsätze des britischen Arbeitsrechts, in: RdA 1952, S. 361.
- KAISER, Joseph H. Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin, 1956.
- KANDELER, Hermann Die Stellung der Berufsverbände im öffentlichen Recht, Berlin, 1927.
- KASKEL, Walter Arbeitsrecht, 3. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1932.
- KASKEL, Walter Zur Lehre vom Tarifbruch, in: NZfA 1922, Sp. 397.
- KASKEL, Walter Arbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1957.
- DERSCH, Hermann

- KAUFFMANN, Hermann Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, in: NJW 1960, S. 1645.
- KELSEN, Hans Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, 1923.
- KELSEN, Hans Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien, 1960.
- KELSEN, Hans Vom Wert und Wesen der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen, 1929.
- KEYNES, J.M. The end of laissez - faire, London, 1926.
- KLEIN, Friedrich Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in: ZStW 1950, S. 390.
- KLEIN, Friedrich Rechtsgutachten über verfassungsrechtliche Fragen des Urteils des Bundesarbeitsgerichtes vom 2. März 1955 betr. Lohnleichheit von Mann und Frau, Düsseldorf, 1955.
- KLEIN, Friedrich Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Frankfurt/Main, 1952, S. 79.
- KLEIN, Friedrich Verordnungermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 7 ff.
- KLEINER Die Gemeinschaft der Tarifparteien, Diss., Zürich, 1954.
- KLÜBER, Franz Grundfragen der christlichen Soziallehre, Münster, 1955.
- KOBATSCH Kollektive Arbeitsvereinbarungen, in: Verh. d. 29. DJT (1908) Bd. 4 (Gutachten), S. 1.
- KOEHNE, Karl Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht, Berlin, 1901.
- KÖTTGEN, Arnold Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, in: VA Bd. 44, S. 43 ff.
- KOLLMANN, Horst Die Entstehungsgeschichte der deutschen Koalitions-gesetzgebung, Breslau, 1916.

- Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg, 1950.
- KOSCHAKER, Paul Europa und das römische Recht, München, 1947.
- KOSELKE Das neue Tarifvertragsgesetz, in: BB 1949, S. 83.
- KRAUSS, Ruprecht von Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Hamburg, 1955.
- KREIS, W. Die Zulässigkeit von Höchsttarbeitsbedingungen, in: RdA 1961, S. 97.
- KRELLER, H. Besprechung: E. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, in: AcP NF Bd. 9, S. 111.
- KRONENBERG, K. Die Ausnahmen von der Unabdingbarkeit der Tarifnormen, Diss., Leipzig, 1929.
- KRÜGER, Herbert Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen, 1950.
- KRÜGER, Herbert Verfassungsänderung und Verfassungsauslegung, in: DÖV 1961, S. 721.
- KRÜGER, Herbert Verfassungsauslegung nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers, in: DVBl. 1961, S. 685.
- KRÜGER, Herbert Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, in: BB 1953, S. 565.
- KRÜGER, Hildegard Ein Jahr Bundesarbeitsgericht, in: RdA 1955, S. 244.
- KRÜGER, Hildegard Die Gleichberechtigung im Arbeitsrecht, in: NJW 1953, S. 1772.
- KRÜGER, Hildegard Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom 15.1.1955, in: NJW 1955, S. 684.
- KRUG, Heinz Gesetz für Jugendwohlfahrt, Loseblattsammlung, München, o.J.
- KUCZINSKI, J. Geschichte der Lage der Arbeiter in Deutschland, Bc. 1, Berlin, 1948.
- KÜCHENHOFF, Günter Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität im Arbeitsrecht, in: RdA 1959, S. 201.
- KÜCHENHOFF, Günter Staatsverfassung und Subsidiarität, in: Das Subsidiaritätsprinzip, hrsg. v. Utz, S. 67.

- KÜCHENHOFF, Günter Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl., Stuttgart, 1960.
- KÜCHENHOFF, Erich
- KUNTZE, J. E. Der Gesamttakt, in: Festgabe der Leipziger Juristen-
fakultät für O. Müller, Leipzig, 1892, S. 29.
- KURZ, Edelbert Individuum und Gemeinschaft beim heiligen Thomas
von Aquin, München, 1933.
- LANDMANN, Robert von Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. 2, 7. Aufl.,
München, 1925.
- LANDMANN - ROHMER Gewerbeordnung bearb. von Erich Eyermann und
Ludwig Fröhler, Bd. 2, 11. Aufl., München und
Berlin, 1956.
- LANDGREBE, Ludwig Hegel und Marx, in: Marxismus-Studien, Tübingen,
1954.
- LANDSBERG Einiges zur Gestaltung des Tarifvertrages, in: Fest-
gabe der Bonner juristischen Fakultät für Paul
Krüger, 1911, S. 16.
- LARENZ, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 5. Aufl.,
München, Berlin, 1962.
- LASALLE, Ferdinand Über Verfassungswesen, Berlin, 1862.
- LAUFKE Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für
H. Lehmann zum 80. Geburtstag, Bd. I, Tübingen,
1956, S. 145.
- LEHMANN, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches,
14. Aufl., Berlin, 1963.
- LEIPART, Theodor Auf dem Weg zur Wirtschaftsdemokratie, Berlin,
1929.
- LEISNER, Walter Betrachtungen zur Verfassungsauslegung, in: DÖV
1961, S. 641.
- LENHOFF, A. Der Taft - Hartley - Act, in: RdA 1954, S. 201.
- LERCHE, Peter Stil, Methode, Ansicht, in: DVBl 1961, S. 690.
- LERCHE, Peter Übermaß und Verfassungsrecht, Köln, Berlin,
München, Bonn, 1961.

- LINK, Ewald Das Subsidiaritätsprinzip, sein Wesen und seine Bedeutung für die Sozialethik, Freiburg i. Br., 1955.
- LOEWY, Walter Die bestrittene Verfassungsmäßigkeit der Arbeitsgesetze in den Vereinigten Staaten von Amerika, Heidelberg, 1905.
- LOTMAR, Philipp Der Arbeitsvertrag, Bd. I, Leipzig, 1902.
- LOTMAR, Philipp Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, in: Arch. f. soz. Ges. u. Stat. Bd. 15 (1900), S. 1.
- LÜCHINGER, Hans Georg Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, Zürich, 1954.
- LUSSER, Eduard Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht, Diss., Winterthur, 1957.
- LUSSER, Eduard Zur Konstruktion kollektiver Verträge, in: SJZ 1954, S. 170.
- MAKAROV, A. N. Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, Stuttgart, 1947.
- MANGOLDT, Hermann von Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. I, Berlin 1957.
- KLEIN, Friedrich
- MARCIC, René Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien, 1957.
- MARRENBACH, O. Grundlagen der deutschen Sozialordnung, Berlin, 1942.
- MARX, Karl Das Kommunistische Manifest, Berlin, 1946.
- ENGELS, Friedrich
- MAUNZ, Theodor Rechtsgutachten zur Frage, ob Tarifverträge dem Grundsatz der Lohnleichheit von Mann und Frau unterworfen sind, München, 1956.
- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht, 5. Aufl. (1956) und 12. Aufl. (1963), München, Berlin.
- MAUNZ, Theodor Grundgesetz-Kommentar, München und Berlin, 1961 (zit. M.-D.).
- DÜRIG, Günther
- MAURER, von Geschichte der Frohnhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland, Bd. I und II, (Neudruck der Aufl. von 1862-63), Aalen 1961.

- MAUS, Wilhelm Handbuch des Arbeitsrechts VII B, Tarifvertragsrecht, Frankfurt/Main, Loseblattausgabe, o.J.
- MAUS, Wilhelm Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Göttingen, 1956.
- MAYER, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 3. Aufl., München, Leipzig, 1924.
- MEINHOLD, Wilhelm Volkswirtschaftspolitik, München, 1955.
- MEISSINGER, Hermann Die Gewerkschaften im staatsfreien Raum der sozialen Selbstverwaltung, in: ArbuR 1955, S. 339.
- MEISSINGER, Hermann Die Globalverflechtung des Arbeitsrechts, in: ArbuR 1956, S. 1.
- MEISSINGER, Hermann Grundlagen und Grenzen der gewerkschaftlichen Machtmittel, in: RdA 1956, S. 401.
- MENGER, Anton Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, Tübingen, 1953.
- MERKL Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin, 1927.
- MESSNER, Johannes Das Naturrecht, Innsbruck, Wien, München, 3. Aufl., 1958.
- MESSNER, Johannes Die berufsständische Ordnung, Innsbruck, Wien, München, 1936.
- MISES, Ludwig Liberalismus, Jena, 1927.
- MOLITOR, Erich Die arbeitsrechtliche Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes, in: AcP Bd. 151, S. 385.
- MOLITOR, Erich Zur Frage der Gleichbehandlung von Männer und Frauen, in: BB 1952, S. 203.
- MOLITOR, Erich Höchstbegrenzung von Tarifnormen, in: BB 1957, S. 84.
- MOLITOR, Erich Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, in: RdA 1951, S. 254.
- MOLITOR, Erich Über öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe, 1949.

- MONJAU-HEIMEIER Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Düsseldorf-Gerresheim, 1950.
- MONTESQUIEU, Charles Vom Geist der Gesetze. (De l'esprit des lois 1748)
de Secondat Baron de 2 Bde., hrsg. von E. Forsthoff, Tübingen, 1951.
la Brède et de Montes-
quieu
- MOSSA Unwiderruflichkeit der Vollmacht, in: Riv.Dir.Com.
1924 I, S. 414.
- MÜLLER Die Gewerkschaften und das Sozialistengesetz, in:
Die Arbeit 1928, S. 669.
- MÜLLER Kartellverbot und Grundgesetz, in: WuW 1953, S. 743.
- MÜLLER, Gerhard Zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, in:
BB 1955, S. 577.
- MÜLLER-FREIENFELS, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen,
Wolfram 1955.
- v. MÜNCH Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip,
in: JZ 1960, S. 303.
- MUNTZKE, Hans Kommentar zur hessischen Gemeindeordnung mit
SCHLEMPF, Hans Handbuch des Gemeinderechts, Bd. 1, Berlin, 1954.
- NAEGELI, E. Das Schweizerische Arbeitsrecht, in: RdA 1950,
S. 171.
- NAWIASKY, Hans Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenaufbau
des Rechts, in: ZföR Bd. 6 (1927), S. 488.
- NAWIASKY, Hans Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Einsiedeln,
Zürich, Köln, 1948.
- NAWIASKY, Hans Allgemeine Staatslehre, 2. Teil, Bd. I, Staatsge-
sellschaftslehre, Einsiedeln, Zürich, Köln, 1952.
- Nederlandse Wetboken Uitgegeven onder Leiding van Mr.Dr.H.F.A. Vollmer
en aanverwandte Wetten er A. Vermaas, Kluver, Deventer, Antwerpen, o.J.
- NELL-BREUNING, Oswald Einzelmensch und Gesellschaft, Heidelberg, 1950.
von
- NELL-BREUNING, Oswald Entwicklungstheorie und dialektischer Materialismus,
von in: StdZ Bd. 150, 1951/52, S. 241.

- NELL-BREUNING, Oswald Die soziale Enzyklika, Erläuterungen zum Welt-
von rundschreiben Papst Pius XI über die gesellschaftliche
Ordnung, Köln, 1950.
- NELL-BREUNING, Oswald Um den berufsständischen Gedanken, in: StdZ 122
von (1932), S. 36.
- NELL-BREUNING, Oswald Berufsständische Ordnung, in: StdZ 143 (1949),
von S. 254.
- NELL-BREUNING, Oswald Um die berufsständische Ordnung, in: StdZ 142
von (1948), S. 6.
- NELL-BREUNING, Oswald Berufsständische Ordnung und Monopolismus, in:
von Ordo III (1950), S. 211.
- NELL-BREUNING, Oswald Zur Sozialreform, Erwägungen zum Subsidiaritäts-
von prinzip, in: StdZ 1955, S. 1.
- NELL-BREUNING, Oswald Das Subsidiaritätsprinzip aus wirtschaftliches Ord-
von nungsprinzip, in: Degenfeld-Festschrift, Wien, 1952,
S. 81.
- NESTRIEPKE Das Koalitionsrecht in Deutschland, Berlin, 1914.
- NEUMANN-DUESBERG, Kollektivvertrag und Individualrecht, Grenzen der
Horst Kollektivmacht, in: JZ 1960, S. 525.
- NIKISCH, Arthur Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. I, Tübingen, 1961
(zit. Nikisch, I.).
- NIKISCH, Arthur Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. II, Tübingen, 1959
(zit. Nikisch, II.).
- NIKISCH, Arthur Das Direktionsrecht des Arbeitgebers und seine Gren-
zen, in: BB 1950, S. 538.
- NIKISCH, Arthur Individualismus und Kollektivismus im heutigen
Arbeitsrecht, in: RdA 1953, S. 81.
- NIPPERDEY, Hans Carl Beiträge zum Tarifrecht, Mannheim, Berlin,
Leipzig, 1924.
- NIPPERDEY, Hans Carl Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, in:
RdA 1950, S. 121.
- NIPPERDEY, Hans Carl Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der
Bundesrepublik, in: WuW 1954, S. 214.

- NIPPERDEY, Hans Carl Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2. Aufl., Köln, Berlin, München, Bonn, 1961.
- NIPPERDEY, Hans Carl Das Tarifvertragsgesetz der Vereinigten Wirtschaftsgebiete, in: RdA 1949, S. 81.
- NIPPERDEY, Hans Carl Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 1, Berlin.
- OBERMAYER Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden, in: JZ 1956, S. 625.
- OCHMANN Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, in: RdA 1950, S. 457.
- OERTMANN Zur Lehre vom Tarifvertrag, in: ZSozWiss Bd. 10 (1907), S. 1.
- OLBERSDORF, Gert Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, in: ArbuR 1955, S. 129.
- OPPENHEIMER, Franz Kapitalismus - Kommunismus - Wissenschaftlicher Sozialismus, Berlin-Leipzig, 1919.
- ORANO, P. Dal sindacalismo rivoluzionario allo stato sindacalista, Rom, 1925.
- PARTSCH, Karl Josef Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, in: Ordo 1954, S. 19.
- PARTSCH, Karl Josef Die Vereinbarung, in: Wörterbuch des Völkerrechts, hrsg. von H. -J., Schlochauer, Bd. 3, Berlin, 1962.
- PERLMANN - SELIG Eine Theorie der Gewerkschaftsbewegung, Berlin-Grunewald, 1949.
- PETERS, Hans Auslegung der Grundrechtsbestimmungen aus der Geschichte, in: Historisches Jahrbuch 1953, S. 457.
- PETERS, Hans Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie, Festschrift für Th. Laun zum 70. Geburtstag, Hamburg, 1953, S. 669.

- PETERS, Hans Gutachten: Ist es verfassungsrechtlich zulässig, daß der Staat durch bestimmte Arbeiterschutzvorschriften auch Personen erfaßt, die keine oder nur solche Arbeitnehmer beschäftigen, welche infolge der Art der Organisation des Betriebes insoweit nicht schutzbedürftig sind? (zit.: Gutachten), in: BABl. 1954, S. 205.
- PETERS, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen, Heidelberg, 1949.
- PETERS, Hans Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts (herausg. von G. Anschütz und R. Thoma), Bd. II, S. 264, Tübingen, 1932.
- PICK, H. Der Verfassungsrechtsgehalt der Verbände und seine Bestimmung, Diss., Mainz, 1961.
- PIUS XI. Quadregesimo anno, Weltrundschreiben vom 15. Mai 1931.
Lateinische Zitate aus:
Päpstliche Rundschreiben: Papst Leo XIII, Über die Arbeiterfrage, Rerum novarum; Papst Pius XI, Über die gesellschaftliche Ordnung, Quadregesimo Anno, Freiburg i.Br., o.J. 2. Halbband.
Deutsche Zitate aus:
Leo XIII, Pius XI, Die sozialen Enzykliken, Stuttgart, 1953.
- PIUS XII. Weihnachtsansprache vom 24.12.1942, in: Acta Apostolicae Sedis 1943, S. 5.
- POTTHOFF Die verschiedenen Normwirkungen des Tarifvertrages, in: JW 1928, S. 1644.
- PREDÖHL, Andreas Außenwirtschaft, Göttingen, 1949.
- PRENNER Zur volkswirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tarifverträge, in: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 72 (1907), S. 178 und 222.
- PRICE, John British Trade Unions, London, New York, Toronto, 1948.
- RAISER Vertragsfreiheit heute, in: JZ 1958, S. 1.

- RAMM, Thilo Die Freiheit der Willensbildung, Stuttgart, 1960.
- RAMM, Thilo Die Freiheit der Willensbildung - ein Grundprinzip der Rechtsordnung, in: NJW 1962, S. 465.
- RAMM, Thilo Die Parteien des Tarifvertrages, Stuttgart, 1961.
- RAMM, Thilo Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, in: JZ 1962, S. 78.
- RAMM, Thilo Die großen Sozialisten als Rechts- und Sozialphilosophen, Band 1; Die Theoretiker des Endstadiums, Stuttgart, 1955.
- RAUSCHER, Anton Subsidiaritätsprinzip und berufsständische Ordnung in Quadragesimo Anno, Münster, 1958.
- RAYMOND Die politische Aufgabe der Arbeitgeberverbände, in: Der Arbeitgeber 1951, Heft 14, S. 28.
- REICHEL Abschlußverbote und die Begrenzung von Lehrlingen in den Betrieben, in: Betr. 1955, S. 121.
- REINDL, J. Die deutsche Gewerkschaftsbewegung, Altenburg, 1922.
- REUSS, Wilhelm Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips, in: W. Reuss, K. Jantz, Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, Stuttgart, 1960.
- REUSS, Wilhelm Die Stellung des kollektiven autonomen Arbeitsrechts im Rechtssystem, in: ArbuR 1958, S. 321.
- RIDDER, Helmut Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Arbeits- und sozialrechtliche Studien, Heft 2, Stuttgart, 1960.
- RITSCHER Koalitionen und Koalitionsrecht in Deutschland bis zur Reichsgewerbeordnung, Stuttgart, 1917.
- ROESCH Rechtsfragen um den Tarifvertrag, Rechtsnatur, Begriff und Bedeutung, in: BStSozArbR 1952, S. 135.
- RÖPKE, Wilhelm Gegen die Brandung, Erlenbach, Zürich, Stuttgart, 1959.
- RÖPKE, Wilhelm Civitas humana, 3. Aufl., Erlenbach, Zürich, 1949.

- RÖPKE, Wilhelm Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 5. Aufl., Erlenbach, Zürich, 1949.
- RÖPKE, Wilhelm Der wissenschaftliche Ort der Nationalökonomie, Heidelberg, 1953.
- RÖPKE, Wilhelm Sozialisierung, in: HWBSt Bd. 7, Jena, 1926, S. 567.
- RÖPKE, Wilhelm Staatsinterventionismus, in: HWBSt Erg. Bd., Jena, 1929, S. 861.
- ROSE, Klaus Bemerkungen zur Theorie der Kosteninflation, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd. 12 (1961) Heft 3, S. 339.
- ROSENBERG, Leo Die Beweislast, 3. Aufl., München, Berlin, 1953.
- ROSENTHAL Die gesetzliche Regelung des Tarifvertrags, in: Festschrift für Paul Laband, gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät des Kaiser-Wilhelm-Institutes Straßburg, Tübingen, 1908, S. 135.
- ROSNER, J. Der Kollektivvertrag, 1903.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques Discours sur les sciences et les arts, Paris (Editions Diderot), o.J.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques Der Gesellschaftsvertrag (Du Contrat social ou principes du droit politique, 1762) übers. von H. Denhardt, hrsg. von H. Weinstock, (Reclam) Stuttgart, 1961.
- RUDOLPH, Fritz Evangelische Sozialethik, in: Menschenwürdige Gesellschaft, Düsseldorf, 1960.
- RUNDSTEIN, S. Beiträge zur Dogmatik des Tarifvertragsrechts, in: Arch.f.Bürg.R. Bd. 36 (1911), S. 204.
- RUNDSTEIN, S. Die Tarifverträge und die moderne Rechtswissenschaft, eine vergleichende Untersuchung, Leipzig, 1906.
- RUNDSTEIN, S. Tarifrrechtliche Streitfragen, Tübingen, 1907.
- RUNDSTEIN, S. Tarifverträge im französischen Privatrecht, Leipzig, 1905.
- RÜSTOW, Alexander Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus, 2. Aufl., Bad-Godesberg, Düsseldorf, 1950.

- SCHALHORN Von der Verpflichtung aus Tarifverträgen und den Anlässen zu Tarifbrüchen, in: Soz. Praxis Bd. 15 (1905/06), Sp. 584.
- SCHALL, W. Das Privatrecht der Arbeitstarifverträge, in: Iherings Jahrbücher, Bd. 52 (1907), S. 1.
- SCHÄTZEL Welchen Einfluß hat Art. 3 BGG auf Arbeits- und Tarifverträge?, in: RdA 1950, S. 248.
- SCHEUERLE, Wilhelm Rechtsanwendung, Nürnberg, Düsseldorf, 1952.
- SCHEUNER, Ulrich Berufsständische Versorgungseinrichtungen und Grundgesetz, in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft vom Standpunkt der Versicherungswissenschaft betrachtet, Berlin, 1954.
- SCHEUNER, Ulrich Buchbesprechung, in: BB 1955, S. 264.
- SCHEUNER, Ulrich Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, in: DÖV 1956, S. 70.
- SCHEUNER, Ulrich Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: VVDStRL Bd. 11, S. 21.
- SCHILLER, Karl Die materialistische Geschichtsauffassung. (Die Lehre von Karl Marx), in: Karl Schiller, Aufgaben und Versuche. Zur neuen Ordnung von Gesellschaft und Wirtschaft, Hamburg, 1953.
- SCHINDLER, Dietrich Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2. Aufl., Zürich, 1944.
- SCHINDLER, Dietrich Werdenende Rechte, in: Festgabe für F. Fleiner zum 60. Geburtstag, S. 400, Tübingen, 1927.
- SCHMIDT-RIMPLER, Walter
GIESEKE, Paul Die Lohngleichheit von Männern und Frauen, in: AöR Bd. 76, S. 165.
FRIESENHAHN, Ernst
KNUR, Alexander
- SCHMITT, Carl Der Begriff des Politischen, Hamburg, 1933.
- SCHMITT, Carl Der Hüter der Verfassung, Tübingen, 1931.
- SCHMITT, Carl Verfassungslehre, München, Leipzig, 1928.
- SCHNEIDER, Hans Die öffentlichrechtliche Altersversorgung freier Berufe, Stuttgart, 1959.

- SCHNEIDER, Peter Ausnahmezustand und Norm, Stuttgart, 1957.
- SCHNEIDER, Peter In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe, 1960, S. 263.
- SCHNEIDER, Peter Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL Bd. 20, S. 1.
- SCHNEIDER, Peter Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AÖR Bd. 82, S. 1
- SCHNEIDER, Peter Die Übertragung der rechtsetzenden Gewalt in der Schweiz, in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Verfassungsstaat, Frankfurt, 1952, S. 373.
- SCHNEIDER, Peter Nochmals: Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, siehe: Fechner-Schneider.
- SCHNEIDER, Peter Rechtsgutachten zur Frage der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 GG, insbesondere zur Stellung der Presse im Strafverfahren - erstattet im Auftrag der Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co., Hamburg 1, Speersort 1 für das Verfassungsbeschwerdeverfahren - 1 BvR 586/62, o.J.
- SCHNITZER, A. Vergleichende Rechtslehre, Bd. I., Basel, 1961.
- SCHNORR v. CAROLSFELD, L. Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen, 1954.
- SCHNORR, Gerhard Das Arbeitsrecht als Gegenstand internationaler Rechtsetzung, München und Berlin, 1960.
- SCHNORR, Gerhard Bundesverfassungsgericht und kollektives Arbeitsrecht, in: RdA 1955, S. 3.
- SCHNORR, Gerhard Kollektivmacht und Individualrechte im Berufsverbandswesen, in: Festschrift für E. Molitor, München, Berlin, 1962, S. 229.
- SCHNORR, Gerhard Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Grundgesetz, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF Bd. 9, S. 179.
- SCHOLTISEK Innere Grenzen der Freiheitsrechte, in: NJW 1952, S. 560.

- SCHREY, Heinz-Horst Geschichte oder Mythos bei Marx und Lenin, in: Marxismus - Studien, Tübingen, 1954.
- SCHÜTZ Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft (Aussprache) in: VVDStRL Bd. 11, S. 85, 143.
- SCHUMANN, Hans-Gerd Nationalsozialismus und Gewerkschaftsbewegung, Hannover, Frankfurt, 1958.
- SCHWEINGRUBER Entwicklungstendenzen in der Praxis des Gesamtarbeitsvertrags, in: ZdBJV 1947, S. 193.
- SEIDEL, R. Die Gewerkschaftsbewegung in Deutschland, Köln, 1952.
- SIEBERT, Wolfgang Kollektivmacht und Individualsphäre beim Arbeitsverhältnis, in: BB 1953, S. 241.
- SIEBERT, Wolfgang Kollektivnorm und Individualbereich im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für H. C. Nipperdey, München, Berlin, 1955, S. 119.
- SIEG, Karl Der Tarifvertrag im Blickpunkt der Dogmatik des Zivilrechts, in: AcP Bd. 151, S. 246.
- SILBERSCHMIDT Zwei Grundlegungen des Arbeitsrechts, in: ArchfRuSozPhil Bd. 22, S. 157.
- SINZHEIMER, Hugo Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 1. u. 2. Band, Leipzig, 1907/08.
- SINZHEIMER, Hugo Ein Arbeitstarifgesetz, Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, München, Leipzig, 1926.
- SINZHEIMER, Hugo Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 4, S. 1.
- SINZHEIMER, Hugo Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena, 1927.
- SINZHEIMER, Hugo Vortrag auf der Hauptversammlung der Gesellschaft für soziale Reform in Düsseldorf 1913, in: Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 45/46, 1914.
- SINZHEIMER, Hugo Vorbericht zu dem Referat über Tarifverträge (bei den Verhandlungen Deutscher Gewerbeberichte in Würzburg am 18. und 19. September 1905) und Versammlungsbericht, in: Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, Bd. 10, Sp. 375, Bd. 11, Sp. 77.

- SITZLER, Friedrich
GOLDSCHMIDT, Heinz Tarifvertragsverordnung vom 23.12.1918, 2. Aufl., Berlin, 1929.
- SOMBART, Werner Der Bourgeois. Zur Geistesgeschichte des modernen Wirtschaftsmenschen, München, Leipzig, 1923.
- SOMBART, Werner Der moderne Kapitalismus, Historisch-systematische Darstellung des gesamteuropäischen Wirtschaftslebens von seinen Anfängen bis zur Gegenwart, 1902, letzte Aufl., München, Leipzig, 1928.
- SPRANGER, Eduard Was heißt Liberalismus? in: Universitas, 1953, S. 449.
- SPYROPOULOS, G. Le droit des Conventions collectives de Travail dans les pays de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Paris, 1959.
- STAHLHACHE, Eugen Kollektive Einwirkung auf erworbene Rechte, in: RdA 1959, S. 266.
- STEIN, Freiherr vom Briefe und amtliche Schriften, hrsg. von W. Hubatsch, Bd. 1, Stuttgart, 1957.
- STEINMANN-GOLDSCHMIDT Gewerkschaften und Fragen des kollektiven Arbeitsrechts in Großbritannien, Frankreich, Belgien, den Niederlanden und Italien, Stuttgart, 1957.
- STERN, Klaus Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts, München, 1956.
- STRICKROTH, Georg Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, in: NJW 1955, S. 1697.
- STRICKROTH, Georg Die gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmungswirtschaftlichen Bedeutung, Tübingen, 1954.
- SÜSTERHENN, A. Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von H. Nawiasky, München, 1956, S. 141.
- TÄNZLER, F. Die deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin, 1929.

- UTZ, Arthur-Fridolin Das Subsidiaritätsprinzip als Aufbauprinzip der drei Ordnungen, Wirtschaft, Gesellschaft und Staat, in: Das Subsidiaritätsprinzip, hrsg. v. Utz, S. 101.
- VECCHIO, del Die Idee der vergleichenden universalen Rechtswissenschaft, in: ArchfRuWPhil 1914 (Sonderdruck).
- VEN, van der Organisation, Ordnung und Gerechtigkeit, in: Das Subsidiaritätsprinzip, hrsg. v. Utz, S. 45.
- VERDROSS, Alfred Abendländische Rechtsphilosophie, Wien, 1958.
- Vergleichende Studie der Quellen des Arbeitsrechts in den Ländern der europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Luxemburg, 1957 (zit. unter Verfasser als Vergl. Studie).
- VESTER, Horatio Trade Union, London, 1958.
- GARDNER, Anthony H.
- VIELHABER Gleicher Lohn für gleiche Leistung, in: RdA 1951, S. 90.
- VOLÄNDER, Karl Marx. Engels und Lassalle als Philosophen, Stuttgart, 1920.
- WAECHTER, Das Tarifvertragsgesetz, in: MDR 1949, S. 545.
- WALTER Betriebsverfassungsgesetz und tarifliche Praxis, in: BB 1953, S. 89.
- WALZ, G. Die Vereinbarung als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts, in: AÖR Bd. 14 NF (1928), S. 194.
- WAWRETSKO Tarifverträge und Betriebsverfassungsgesetz, Heft 9, Berliner Wirtschaft, 1953.
- WEBER, Werner Die Sozialpartner in der Verfassungsordnung, in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, S. 239, Göttingen, 1961.
- WELTY, Eberhard Gemeinschaft und Einzelmensch, Salzburg, Leipzig, 1935.
- WERTENBRUCH, Wilhelm Grundgesetz und Menschenwürde, Köln, Berlin, 1958.
- WETTER, Gustav A. Der dialektische Materialismus, Seine Geschichte und sein System in der Sowjetunion, Freiburg, 1952.

- WIEACKER, Franz Bodenrecht, Hamburg, 1938.
- WIEACKER, Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen, 1952.
- WIEDEMANN, Herbert Zeitliche Grenzen kollektiver Gestaltungsmacht, in: RdA 1959, S. 454.
- WINTRICH, Josef Zur Problematik der Grundrechte, Köln und Opladen, 1957.
- WOLBLING, P. Die gesetzliche Regelung des Tarifvertrages, in: Arch.f. Soz. Wiss. und Soz. Pol. Bd. 29 (1909), S. 481, 869.
- WOLFF, Bernhard Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, in: AöR Bd. 78, S. 194.
- WOLFF, Hans J. Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, in: AöR Bd. 78, S. 216.
- WOLFF, Hans J. Verwaltungsrecht, Bd. I, 4. Aufl., München, Berlin, 1961.
- WUTHE, Gerhard siehe Eichler, Willy
- ZEIDLER, Karl Maßnahmegesetz und "klassisches Gesetz", Karlsruhe, 1961.
- ZEIDLER, R. Die rechtliche Natur des Arbeitsvertrages, München, 1908.
- ZIGAN, Peter Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Düsseldorf, 1949.
- SABIN, Fritz
- ZIPPELIUS, Reinhold Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München, 1962.
- ZÖLLNER, Wolfgang Tariftmacht und Außenseiter, in: RdA 1962, S. 453.
- ZUNFT Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Zivilprozeßrecht, in: AcP Bd. 152, S. 289 (303).
- ZWING, K. Geschichte der deutschen freien Gewerkschaften, Jena, 1926.

L E B E N S L A U F

Am 7. November 1936 wurde ich als einziges Kind des Landwirtschaftsrats a. D. Otto Hinz und seiner Ehefrau Carola in Neustadt an der Weinstraße geboren.

Nach der Versetzung meines Vaters nach Österreich im Jahre 1939 trat ich im Herbst 1941 in die Volksschule in Wien ein. Im April 1945 flüchteten meine Eltern und ich nach Westdeutschland. In Bodenheim am Rhein besuchte ich noch kurze Zeit die Volksschule. Im Herbst 1946 wurde ich Schüler des Rhabanus Maurus-Gymnasiums in Mainz; die Reifeprüfung bestand ich im Frühjahr 1955.

Seit Sommersemester 1955 studierte ich an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz Rechtswissenschaft. Vor dem Justizprüfungsamt Mainz legte ich am 10. November 1959 die erste Juristische Staatsprüfung ab und begann im Januar 1960 den juristischen Vorbereitungsdienst.

Am 23. Juli 1964 bestand ich das juristische Doktorexamen.

